أصول المحاكمات الشرعية الجزائية

الدكتور
أسامة علي مصطفى الفقير الربابعة

إشراف الدكتور
محمد نعيم ياسين

تقديم الدكتور
نوح القضاة

دار النفائس
للنشر والتوزيع - الأردن

أصول المحاكمات الشرعية الجزائية

١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٥م

الطبعة الأولى



دار النفائس
للنشر والتوزيع - الأردن

العبدلي مقابل عمارة جوهرة القدس
ص.ب :٩٢٧٥١١: عمّان ١١١٩٠ الأردن
هاتف: ٥٦٩٣٩٤٠ ، فاكس : ٥٦٩٣٩٤١
بريد الكتروني: ALNAFAES@HOTMAIL.COM

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

أصول المحاكمات الشرعية الجزائية

الدكتور
أسامة علي مصطفى الفقير الربابعة

إشراف الدكتور
محمد نعيم ياسين

تقديم الدكتور
نوح القضاة

دار النفائس
للنشر والتوزيع - الأردن

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلى :

❁ سيد الأولين والآخرين – صلى الله عليه وسلم –

❁ والدي العزيزين...

❁ مشايخي وأساتذتي الأجلاء...

❁ أهل بيتي المخلصين...
إخوتي الأكارم...

❁ أولادي الأعزاء ...

❁ زملائي الأفاضل...

...أهدي هذا العمل راجياً من الله تعالى القبول

تقريظ من سماحة الشيخ
الدكتور نوح القضاة حفظه الله ورعاه

الحمد لله الذي وفق من أحبهم إلى خدمة الإسلام، والصلاة والسلام على رسوله المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه الذي الذين بلغوا من بعده الرسالة، وأدوا الأمانة، ونصحوا للأمة اقتداء بمعلمهم الأول ﷺ وبعد:

فقد استنار المسلمون بنور الإسلام قروناً طويلة تحقق لهم فيها ما أمر الله تعالى به من عدل وإحسان، إذ كان الإسلام هو المنهاج المتبع في أمورهم الخاصة والعامة، فسعدوا به في الدنيا، ويسعدون به في الآخرة إن شاء الله تعالى.

وكانت الحرب متلاحقة بين المسلمين وأعدائهم ليميز الله بها الخبيث من الطيب ويتحقق ما أنذر به سبحانه فقال: ﴿ وَلَا يَزَالُونَ يُقَاتِلُونَكُمْ حَتَّى يَرُدُّوكُمْ عَن دِينِكُمْ إِنِ اسْتَطَاعُواْ﴾ وفي هذا العصر كان الغزو الثقافي والفكري أشد من الغزو العسكري لأنه صادف عهد ركود بين المسلمين فأراد إبعادهم عن الإسلام مصدر عزتهم وباعث نهضتهم، وجامع كلمتهم، ففشت بين الناس جهالة بالدين بسبب التعتيم على حقائق الإسلام ومصطلحاته، حتى صار بعض المثقفين يستقون كل شيء من الأعداء، ويظن أن الإسلام لم يعالج ولم ينظم القضايا العملية والاجتماعية والسياسية إذ هو -في نظره- علاقة بين الإنسان وربه فقط، وغاب أو غيب عن الأذهان أن الدين الذي سير مركبة الحياة ثلاثة عشر قرناً سيرة سعيدة لا بد أن يحوي على أنظمة تفصيلية لكل نواحي الحياة.

وإذا كان أعداؤنا يريدون إطفاء نور الله بأفواههم وإعلامهم وثقافتهم، فإن الله يأبى إلا أن يتم نوره ليظل هدى للناس ورحمة وحجة عليهم أيضاً، فنشط علماء المسلمين في تقديم الإسلام وأنظمته المختلفة بأساليب حديثة مما يألفه الناس،

ومصطلحات جديدة جرت بها ألسنتهم، وتواطأ عليها مثقفوهم، أما الحقائق والمصادر فهي حقائق الإسلام ومصادره، وكتب في كل النظم الحياتية ما يسهل على المسلمين فهم دينهم ليسعوا بعد ذلك إلى تطبيقه في حياتهم.

وكانت لغة الكتابة لغة التحدي والاعتزاز والمقارنة ليظهر لكل منصف أن ما شرعه الله للناس لا يسمو إليه ما شرع الناس للناس.

ومن هذه المؤلفات الكتاب الذي أقدم له بهذه السطور فإن الناس إذا ذكرت لهم أصول المحاكمات الجزائية تذكروا أبنية المحاكم الحديثة، وإجراءاتها الجديدة وهيئاتها التي لم يقرؤوا عنها في التاريخ فظنوا أن المضمون أيضاً جديد، وأن المسلمين ما عرفوا مثل هذه الترتيبات التي يراد بها- كما يقول أصحابها- قمع الجريمة وتحقيق العدالة، وإنصاف المظلوم المعتدى عليه، وما دروا أن المهم هو المضمون، وأنه كان متحققا على أفضل صورة في ظل الشريعة الإسلامية، وأن ما في الإسلام يجب أن يتقدم الناس للوصول إليه والعمل به.

وقد قام الدكتور أسامة الفقير- حفظه الله- بتجلية هذه الحقيقة فقدمها في ثوب جديد، وراعى الاصطلاحات الجديدة، وتتبع الإجراءات التي شرعها الإسلام لمكافحة الجريمة، وكشف مرتكبها، ثم معاقبته وفقاً لإجراءات قضائية عادلة تجنب المجتمع ويلات الجريمة، ولا تظلم المجرم وإن كان قد فعل ما فعل، بل تردعه وتردع به غيره، فإن الله تعالى يقول: ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ ﴾ [الشورى: ٤٠].

والمحاكمة النزيهة تجنب المجرم أن يقع عليه ظلم فتزداد عدواته للمجتمع وحقده عليه، كما أن المحاكم ليست معصومة من الخطأ، فإذا ظهر الخطأ بصورة واضحة كان لا بد من تصحيح الوضع وفقاً لإجراءات دقيقة تمنع التلاعب بالقضاء.

كل هذا وغيره أوضحه الباحث وبين أصوله في المصادر الفقهية الإسلامية

فجزاه الله خيراً ونفع بعلمه، ووفقه للمزيد من البحوث النافعة للأمة والتي نرجو أن تجد طريقها إلى التنفيذ.

وقد ساعده على ذلك معرفته عن قرب بالإجراءات المتبعة الآن في هذا الموضوع كما ساعده على إنجاز هذا البحث القيم أنه من أسرة علمية معروفة، عرف فيها الكثير مما يحتاج إليه الباحث من مصادر وكتب وملاحظات علمية تؤخذ بالتلقي، فوالده سماحة الشيخ الدكتور علي الفقير من أهل العلم المعروفين في الأردن، وكذلك أعمامه وأخواله وجده من قبل، فكانت هذه الثمرة المباركة من تلك الشجرة الطيبة.

وقبل الختام أشير إلى حقيقة هي أن الإسلام وضع إجراءات تربوية واحتياطات اجتماعية ومسلكية تبعد الجريمة عن المجتمع، وتجعل المسلم يربأ بنفسه عنها، فهي معصية وخروج على أمر الله قبل أن تكون عدواناً على شخص أو جماعة، لكن الناس هم الناس يتنازعهم الخير والشر ولا بد من العقوبة والجزاء.

وإن القارئ لهذا البحث وأمثاله يشعر بأن حياة المسلمين لم تكن بدائية كما يظن البعض ويبني على ذلك أن ما صلح للأمس لا يصلح لليوم، بل هي حياة متعددة الجوانب مرتبة مهذبه مقننة يشهد لهذا الإجراءات المتبعة لإحقاق الحق وإبطال الباطل، ولا يسع المتأمل إلا أن يقول: (في ديار المسلمين كانت دولة عظيمة متحضرة).

ونرجو الله تعالى أن يوفق الدكتور أسامة إلى مزيد من البحوث والإنتاج العلمي النافع الذي يساهم في صحوة المسلمين واستقلالهم الفكري والحضاري وتقدمهم نحو الإسلام.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

الملخص

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد:

فهذا كتاب بحثت فيها الإجراءات الشرعية التي تحدد اختصاص السلطة القضائية ونشاطها في كل ما يفيد في نسبة الجرائم -التي لله فيها حق- إلى فاعلها ، والحكم عليه ، وتنفيذ الحكم ، وطرق الطعن في الحكم ، وإعادة المحاكمة ، وأثر المخالفة في ذلك كله .

يتناول الكتاب مراحل معالجة الجريمة منذ حصولها إلى أن يتم تنفيذ الحكم في فاعلها، وتبين أن الشريعة منحت عملية التقاضي في الجزائيات ضمانات حسن سير العدالة، ابتداءً بالتحقيق ، والتوكيل بالخصومة، ومكان المحاكمة،ووقتها،وعلانيتها أو سريتها ، وتسهيل التقاضي، والمساواة بين الخصوم، وسيرة القاضي في الأحكام ، وانتهاءً بإبرام الأحكام ونقضها ،وأثر مخالفة أصول المحاكمات الشرعية الجزائية.

ويؤكد هذا الكتاب أن أصول المحاكمات الشرعية الجزائية نظام قائم بذاته ، وأنه متميز بالأصالة ، ومتفوق في سهولة التطبيق.وتؤكد أن مدى فعالية أي تشريع وأي قانون إنما هو مرهون ببقية الأنظمة والقوانين الشرعية الأخرى.

ويظهر هذا الكتاب مدى التوازن الذي حققته الشريعة بين حق الأمة في العقاب وحق الأفراد في الحرية، وبين المصلحة العامة ، والمصلحة الخاصة، وهذا ما لم تقدر عليه قوانين كثيرة،فمنها من أرادت حماية الفرد فأفسدت مصلحة الجماعة ، ومنها من أرادت تحقيق مصلحة الجماعة متناسية أهمية مصلحة الفرد وحقوقه.

وصدق الله العظيم إذ يقول : ﴿ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَـٰمَ دِينًا ﴾ [سورة المائدة، آية رقم ٣] .

والحمد لله رب العالمين

أسامة علي مصطفى الفقير الربابعة

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، وأفضل الصلاة وأزكى التسليم على سيد الأولين والآخرين ، سيدنا وشفيعنا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه أجمعين ، وعلى من سار على نهجه واستن بسنته واهتدى بهديه إلى يوم الدين .

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده ، شهادة حق وصدق تنفعنا يوم نلقاه ، ولا أبتغي بها أحداً سواه ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، وصفيه من خلقه وخليله ، بلّغ الرسالة ، وأدّى الأمانة ، ونصح الأمة ، وكشف الغمة ، وأنار لنا الطريق ، فجزاه الله خير ما جزى نبياً عن أمته ، وصلّى عليه صلاة يرضى بها عنا بكرمه وفضله ، اللهم آمين .

يقول عز من قائل : ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَٰكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ ٱلْأَمْرِ فَٱتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَ ٱلَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ۝ إِنَّهُمْ لَن يُغْنُوا۟ عَنكَ مِنَ ٱللَّهِ شَيْـًٔا ۚ وَإِنَّ ٱلظَّٰلِمِينَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ۖ وَٱللَّهُ وَلِىُّ ٱلْمُتَّقِينَ ﴾. [الجاثية : ١٨-١٩].

أما بعد :

فإن الشريعة الإسلامية افتخرت على سائر الشرائع ، وساد بها المسلمون منذ أقدم العصور ، حتى صارت مضرب المثل ، وسارت بذكرها الركبان حتى عمت مشارق الأرض ومغاربها ، فحملت معها العدل للناس، وأهدت لهم مع عدلها طريق الخلاص ، فكسبوا نعيم الدنيا ، وحسن ثواب الآخرة بما هو المأمول عند الله تعالى .

وحق لكل ناهل من معينها الذي لا ينضب أن يفاخر الدنيا بما حصله منها ؛ لأنه سعادة في الدنيا ، ونجاة في الآخرة ، وهذا رجاؤنا بالله ، وأملنا بعفوه وكرمه ، إنه سميع مجيب . ومن علوم الشريعة علم الفقه الذي أفاض العلماء في ذكره ، ونقلوا النصوص في مدحه، ويكفينا في هذا المقام ، قول رسول الله ﷺ : « من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين »[١] .

---

(١) (البخاري/ العلم/ باب من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين/ ح٧١) (مسلم/ الزكاة/ باب النهي عن المسألة/ ح ١٠٣٧) (ابن ماجه/ المقدمة/ باب فضل العلماء والحث على طلب العلم/ ح٢٢١) (الدارمي/ المقدمة/ باب الاقتداء بالعلماء/ ح٢٢٤) (مالك/ الجامع/ باب جامع ما جاء في أهل القدر/ ح١٦٦٧) (احمد/ عن معاوية رضي الله عنه/ ح ١٦٣٩٢) .

ومن فضله أن المسلم به يعرف الحلال من الحرام ، والصواب من الخطأ ، فينجو المتقي المتبع ، ويهلك المجاهر المبتدع .

ولقد رتب الشرع على مخالفة أوامره عظيم العقوبة ، وفي الدنيا قبل الآخرة ليذوق وبال أمره ، ويجازى بشرٍّ عمله .

وهذا هو موضوع هذه الرسالة في جانب من جوانبها ، فإنها تتعلق بالفقه الجزائي من الشريعة الإسلامية .

وفقه الجزاء ينقسم إلى قسمين :

الأول : قسم يحدد الأفعال التي تعد جرائم ، سواء أكان الفعل إيجابياً أم سلبياً، ثم يحدد العقوبة الخاصة بكل فعل .

وهذا القسم هو ما يعرف بالجنايات أو العقوبات .

الثاني : قسم يحدد الإجراءات التي يتم من خلالها تطبيق الأحكام السابقة ، وكيفية الوصول بالطرق الصحيحة الشرعية إلى أن ينال كل جانٍ جزاءه ، وأن لا ينال ذلك إلا الجاني ؛ حتى لا يؤدي الإخلال بالوسيلة إلى ظلم ، ولو كانت النتيجة صحيحة أو موافقة للشرع ؛ لأن الوسيلة يجب أن تكون مشروعة كذلك . وهذا القسم هو ما يعرف بأصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، أو أصول الإجراءات الجزائية الشرعية .

وهذا هو موضوع رسالتي هذه ، وقد بحثه العلماء في ثنايا كتبهم تحت أبواب فقهية عديدة، وأفاضوا في بحث هذه الموضوعات ، حتى ظننت أن بالإمكان جمع هذه المادة العلمية في عنوان واحد هو :

(أصول المحاكمات الشرعية الجزائية)

والحاجة إن لم تكن ماسة في الزمن السابق إلى جمع هذه الأصول والإجراءات ، إلا أن الحال قد تغير وتبدل ، وأصبح من الضرورة بمكان جمع هذه الأصول في عنوان واحد .

وهي ذات الحاجة التي دفعت الفقهاء إلى بحث هذه الإجراءات ، مع أنها لم تكن موجودة على هذا النحو في عصر النبي ﷺ . ويقول الإمام الكاساني أثناء حديثه في شرعية بعض هذه الإجراءات : « فأما اليوم فقد فسد الزمان ، وتغير

الناس ، فهان العلم وأهله ، فوقعت الحاجة إلى هـذه التكليفـات للتوسـل إلى إحيـاء الحق وإنصاف المظلوم من الظالم »[1].

وقصد بهذه التكليفات بعضاً من الإجراءات المتبعة في التقاضي مما لم يـرد بـه نص أو أثر.

وعدم ورود النص ببعض جزئياتها لا يعني ارتفاع صفة الشرعية عنها، بل هي شرعية من حيث الأصل والفرع .

فإن كثيراً من الأصـول الإجرائيـة مرتبطـة بمقاصـد الشـريعة في الحفـاظ علـى المصالح المشروعة وفي دفع المفاسد الممنوعة ، وبذا تكتسب شرعيتها من نبـل غايتهـا وسلامة وسيلتها ، وفق أحكام الشريعة العامة .

وبذا لا يستقيم قول من قال : إن مثل هذه الأصـول لم يتطـرق إليهـا الفقهـاء بحجة أنها متروكة لتقدير الحاكم بحسب زمانه ومكانه ؛ لأن الفقهاء وضعوا الضـوابط والأصول اللازمة والقواعد العامة لهذا العلم . وهـي مبثوثـة في أبـواب متعـددة مـن كتـب الفقـه ، وهـي الحـدود والـدعوى والقضـاء والشـهادات والإقـرار والسياسـة الشرعية أو الأحكام السلطانية .

ولعل هذا ما شكل صعوبة في جانب من جوانـب هـذا البحـث ، وخصوصـاً إذا مـا قارنّا مصادر البحث في الفقه الإسـلامي ومصـادره في القـانون الوضـعي مـن حيـث اجتماع هذه المصادر في باب واحد أو كتاب واحد ، وهذا دافع من دوافع الكتابـة في هذا البحث[2] .

(١) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص١٢). وقد أورد ذلك في كتاب آداب القاضي ، وفي فصل بيان آداب القضاء.

(٢) وعن هذه الصعوبة يتحدث الدكتور عثمان عبد الملك يرحمه الله في بحثه عن حق الأمـن الفـردي ، بعـد أن أثبت وعورة المسلك في مثل هذه الأبحاث لأنها أرض بكر لم يتم الاعتناء بها بالشـكل المطلـوب ، حيـث يقول :« وليس من نافلة القول أن نشير ونحن في هذا الصدد إلى أنه إذا كان مـن اليسـير علـى مـن يريـد وضع دراسة متكاملة عن هذا الموضوع في القانون الوضعي أن يجمع شتاته من كتب هـذا القـانون، فـإن الأمر ليس كذلك بالنسبة لحق الأمن الفردي في الإسلام ، حيث تواجـه الباحـث صـعوبات جمـة بسـبب تناثر حقائق هذا الموضوع في بطون العديد من أمهات كتب الفقـه وعلـم الأصـول والحـديث وشـروحه والتفسير » . (عثمان عبد الملك/ حق الأمن الفردي/ ص٢) .

هدف الدراسة ومبرراتها :

ولقد قصدت من اختيار هذا العنوان عدة أمور :

١- جمع المعلومات المتعلقة بأصول المحاكمات الشرعية الجزائية في عنوان واحد، تسهيلاً للرجوع إليها على الباحثين.

٢- الاطلاع على آراء العلماء والفقهاء في الموضوعات التي لها صلة بالعنوان، وجمعها ومعرفة آرائهم حولها ، واستدلالاتهم عليها ومناقشتهم لها ، للخروج بفائدة من جملة آرائهم ، والإثراء من أفكارهم واجتهاداتهم ، جزاهم الله خيراً .

٣- معرفة التوجه العام عند علماء الشريعة ، والذي يستنبط من جملة آرائهم ، وإبراز الخط التشريعي المتميز للفقه الإسلامي في معالجة الموضوعات المطروحة تحت هذا العنوان .

٤- تأكيد استقلالية الفقه الإسلامي ، كونه مؤثراً في غيره وليس العكس ، وإظهار صلاحيته للقيادة في كل زمان ومكان ، نظراً لاستمداده جملة الأحكام المتعلقة بالموضوع من نصوص القرآن العظيم والسنة النبوية المشرفة .

٥- أستخلاص جملة من الضوابط والأصول والقواعد العامة لمفردات العنوان، ذلك أن كل مفردة تستحق أن تكون بمفردها بحثاً مستقلاً بذاته ، ولو أردت التفصيل في كل مسألة ما تم الأمر ولا أمكن حصره ، إلا أن في ذكر الضوابط والأصول ما يغني في كثير من الأحيان عن التفصيل .

الدراسات السابقة :

أما الجهود السابقة التي لها تعلق بموضوع هذا الكتاب فهي عديدة ومفيدة ، إلا أن بعضاً منها اقتصر على جزء من مفردات العنوان ؛ كالاختصاص القضائي ، أو الحكم القضائي ، أو التنفيذ للأحكام القضائية ، وغيرها ، وليست أصول المحاكمات الشرعية الجزائية مقتصرة على هذه العناوين .

أما القسم الآخر من هذه الجهود فكان له اتصال بموضوع الكتاب من حيث التطرق إلى الأصل العام لنظرية أصول المحاكمات ، دون تمييز بين فروعها الثلاثة الجزائية والمدنية والأحوال الشخصية ، وسيتبين في هذا الكتاب أن للجزائية تميزاً

خاصاً عن غيرها في كثير من الجوانب ، بل وفي أهم هذه الجوانب .

ومن الكتب السابقة التي لها علاقة بموضوع البحث: وقفت على الكتب التالية:

١- نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، د. محمد نعيم ياسين ، رسالة دكتوراة نوقشت في الأزهر ١٩٧٢م إشراف الدكتور عبد الغني عبد الخالق.

٢- شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي ، د.عبدالناصر أبو البصل ، رسالة ماجستير من الجامعة الأردنية ، نوقشت ١٩٨٨م.

٣- نظرية الحكم القضائي ، د. عبد الناصر أبو البصل ، رسالة دكتوراة ، تونس. نوقشت ١٤١٢هـ / ١٩٩١م ، وصدرت الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م عن دار النفائس للنشر والتوزيع - الأردن.

٤- تنفيذ العقوبة في الفقه الإسلامي والتشريع المصري العام / د. حامد محمد شمروخ/ رسالة دكتوراه/ نوقشت في ٤-٦-١٩٧٥/ إشراف د. خليل الجراحي.

٥- إجراءات التقاضي في الشريعة الإسلامية وأنظمة المملكة العربية السعودية / ناصر بن فنيخر الفريدي / رسالة دكتوراه / الجامعة الإسلامية / ١٤٠٥هـ الدراسات العليا الفقه

٦- تنازع الاختصاص بين المحاكم الشرعية والجهات القضائية في مصر / رسالة ماجستير / عبد الله سيد محمد الذكر / ١٩٧٣./ مصر

٧- إعادة المحاكمة، خالد رضوان منور الوريكات / رسالة ماجستير / إشراف أ.د. علي الصوا / نسخة في الجامعة الأردنية تحت الرقم ٢١٦,١ ر.ج

منهجية البحث :

لقد اعتمدت في إعداد هذا الكتاب منهجية البحث العلمي من حيث:

١- التتبع والاستقراء من المصادر الفقهية القديمة والحديثة لكل ما يتعلق بالموضوعات المطروحة ، وتكوين فكرة عامة عن مفردات الموضوع .

٢- ذكر آراء الفقهاء الواردة في مفردات الكتاب ، مقتصراً في أغلب الأحيان على

آراء العلماء من المذاهب الأربعة ، إلا أن بعض المسائل قد تحتاج إلى ذكر آراء العلماء من مذاهب أخرى ، فأوردها في مقامها ، وذلك بحسب الحاجة إليها .

٣- تحليل المعلومات والنصوص الفقهية ومقارنتها واستنباط الأصول العامة ، والخروج بنتائج تفيد في مجال موضوع الكتاب ، وبذل الجهد المستطاع في التوفيق بين آراء العلماء المتعارضة ، فإن لم يمكن كان الترجيح والخروج برأي من جملة الآراء .

٤- مقارنة الشريعة في بعض صورها وجوانبها مع القوانين الوضعية عموماً ، ومع الفقه الوضعي كذلك[١] ، والمقارنة في بعض الصور لما أخذت به القوانين الشرعية الجزائية في بعض الدول الإسلامية والتي يعتمد نظام القضاء فيها على أحكام الفقه وآراء الفقهاء[٢] .

٥- عزو الآيات القرآنية ، و تخريج الأحاديث النبوية الشريفة .

أما الآيات فأذكر اسم السورة ثم رقم الآية .

وفي الحديث النبوي الشريف ، أرجع الحديث إلى المصادر التي أخذت منها ، فإن كان في الكتب التسعة عدا مسند الإمام أحمد ، فأذكر اسم المصدر الذي أخرجه ، وأتبعه باسم الكتاب، ثم أشير إلى أنه من باب كذا ، وأتبعها برقم الحديث رامزاً للحديث بالحرف (ح) .

فإن كان في مسند الإمام أحمد ذكرته ، وذكرت رقم الحديث ، وذكرت اسم الصحابي الذي روى الحديث .

ثم إن كان الحديث في أحد الكتب المسندة الأخرى ، فأكتفي بذكر الجزء والصفحة ورقم الحديث إن وجد .

ثم إن كان الحديث في كتب الشروح والتخريج ، ورأيت أنه يحتاج إلى ذكر ، ذكرتها بعد الكتب المسندة لمن أراد الاستزادة حتى يتيسر للباحثين الرجوع إليها .

وراعيت في ترتيبها عند الذكر الترتيب الذي ذكرته الآن ، فالكتب التسعة ثم المسندة الأخرى ، ثم كتب الشروح والتخريج .

---

(١) الأصل أن لفظة الفقه خاصة بعلم الشريعة بحسب اصطلاح أهل الشريعة ، إلا أن الاستخدام هنا ورد على أصل الكلمة في اللغة ، وهو بهذا يشمل الفقه الإسلامي والفقه الوضعي .

(٢) كما هو الحال في الإمارات العربية المتحدة ، والمملكة العربية السعودية .

٦- توثيق النصوص الواردة في الكتاب بذكر اسم المؤلف ابتداءً ويكون مختصراً قدر الإمكان ، مع الاحتفاظ بالألقاب والأوصاف العلمية ، مع تقديري واحترامي لكل من نقلت عنهم واستفدت من علمهم .

وبعد اسم المؤلف يأتي ذكر رقم الجزء ، ويرمز للجزء بـ (ج) ، وبعدها رقم الصفحة ويرمز لها بـ (ص) .

٧- ترجمة الأعلام الواردة في الكتاب ممن ليسوا من الصحابة الكرام ، أو من أصحاب المذاهب المشهورة الأربعة رضي الله عنهم أجمعين ، وكذلك رواة الأحاديث، خشية الإطالة . مع إلحاق الكتاب بملخص باللغتين العربية والإنجليزية ، وفهارس للمراجع التي رجعت إليها في إعداد هذه الرسالة فهرس للموضوعات.

خطة البحث :

وقد جاءت خطة بحث هذا الكتاب مقسمة إلى خمسة فصول ومقدمة وخاتمة.

❖ المقدمة .

❖ **الفصل الأول : مفهوم أصول المحاكمات الشرعية الجزائية .**

❖ المبحث الأول : تعريف أصول المحاكمات الشرعية الجزائية لغة واصطلاحاً.

- المطلب الأول : أصول المحاكمات الشرعية الجزائية لغة .
- المطلب الثاني : أصول المحاكمات الشرعية الجزائية اصطلاحاً .

❖ المبحث الثاني : الألفاظ ذات الصلة بأصول المحاكمات الشرعية الجزائية .

- المطلب الأول : أصول المحاكمات الشرعية المدنية في المعاملات والأحوال الشخصية .
- المطلب الثاني : علم العقوبات الشرعية .
- المطلب الثالث : علم الشروط والوثائق .
- المطلب الرابع : نظام القضاء وأدب القضاء وعلم القضاء.

❖ المبحث الثالث : أهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية وأهمية تقنينها .

- المطلب الأول : أهمية أصل هذا العلم .

- المطلب الأول : إبرام الأحكام القضائية .
- المطلب الثاني : نقض الأحكام القضائية .

❖ المبحث الثاني: أصول تنفيذ الأحكام الشرعية الجزائية .

- المطلب الأول : اقتصار التنفيذ على ما هو مطلوب .
- المطلب الثاني : الاتزان والاعتدال عند إقامة العقوبة .
- المطلب الثالث : الحفاظ على الحرمات .
- المطلب الرابع : تناسب الشدة في التنفيذ مع الجريمة .
- المطلب الخامس : أن يكون التنفيذ مشهوداً .
- المطلب السادس : أن يكون التنفيذ بإذن الإمام .

❖ المبحث الثالث : أثر مخالفة أصول المحاكمات الشرعية الجزائية .

- المطلب الأول : ما لا أثر له في حال المخالفة .
- المطلب الثاني : ما له أثر عند المخالفة .

❖ **ثم الخاتمة ، وفيها اهم نتائج البحث .**

وهذا الكتاب يلقي بعضاً من الضوء على ما كان يتمتع به القضاء في الإسلام مما يجعل المسلم في افتخار واعتزاز دائمين أنه ينتمي لهذه الأمة العظيمة ، وأنه من أتباع سيد البشر سيد الأولين والآخرين محمد ﷺ وعلى آله وصحبه أجمعين .

وممـا زادنـي فخـراً وتيهـاً ∴ وكدت بأخمصي أطأ الثريا

دخولي تحت قولك يا عبادي ∴ وأن صيرت أحمد لي نبيـاً

وقد روي أن الخليفة المنصور وصل المدينة حاجاً ، فتظلم منه الحمالون ، فكتب إليه محمد بن عمران[1] قاضي المدينة رسالة طلب فيها الحضور مع المتظلمين ، فأمر المنصور كاتبه أن ينادي : « أيها الناس إن أمير المؤمنين يقرأ عليكم السلام ،

---

(١) محمد بن عمران بن إبراهيم بن محمد بن طلحة التيمي ، وكنيته أبو سليمان ، ولي القضاء لبني أمية ، ثم لبني هاشم، ومات وهو على القضاء بالمدينة سنة ١٥٤هـ، فبلغ موته أبا جعفر المنصور فقال: اليوم استوت قريش، وكان رجلاً مهيباً صارماً جليلاً . (ابن حبان/ الثقات/ ج٧ص٣٦٨) (الرازي/ الجرح والتعديل/ ج٨ص٤١).

ويقول لكم: قد دعيت إلى مجلس القضاء ، فلا يتبعني أحد منكم ولا يكلمني ولا يقم إليّ إذا خرجت ، فحكم عليه محمد بن عمران ، فقال له : جزاك الله عن دينك وعن نفسك وعن خليفتك أحسن الجزاء ، وأمر له بعشرة آلاف درهم »[1].

وهذه الأمثلة وغيرها صورة مشرقة يفتخر بها المسلم ، وأدعو الله عز وجل أن يعيد أيامنا إلى سابق عهدها ، إنه على كل شيء قدير ، وما ذلك على الله بعزيز .

وفي الختام ، الشكر أولاً وأخيراً لله رب العالمين على ما أنعم به وتفضل ، فآلاؤه كثيرة ونعمه عديدة ، يعجز العادّون عن عدها ، ويقصر جهد الحاسبين عن إدراكها .

وأتقدم بجزيل الشكر ووافر الامتنان وخالص المودة والاحترام لفضيلة شيخي وأستاذي الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين على ما بذله من جهد وما قدمه من نصح ، وعلى ما رأيت منه من لطف وما أسدى إليّ من معروف ، وهو الخبير في موضوع المادة والضليع بمفرداتها ، مع ما حباه الله تعالى من سعة اطلاع ، وما منحه إياه في هذا العلم من طول باع .

ولم يبخل على هذا الكتاب من بداية وضع الخطوط الأولى له ، بأي مرجع يثري موضوع الرسالة ، فإن كان متوافراً أرشدني إلى تحصيله ، وإن لم يكن كان كفيلاً بتحصيل ذلك من مكتبته الخاصة . فكان خير أستاذ ، وخير ناصح ، وخير مرشد ، فجزاه الله كل خير ، وأجزل له المثوبة ، ومثلي يعجز عن الوفاء بحق مثله .

فأسأل القادر على كل شيء أن يَسُدَّ عني هذا الدَّيْن ، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

كما أتقدم بجزيل الشكر وخالص الامتنان على فضيلة والدي العزيز الدكتور الشيخ علي الفقير الربابعة وفضيلة الخال العزيز الدكتور نوح القضاة على تشجيعهم المبكر على عنوان الكتاب، وإسداء النصح أثناء كتابته وبعد إنجازه. ثم الشكر لأساتذتي ومشايخي في كلية الشريعة في الجامعة الأردنية على ما بذلوه من جهد وإرشاد ونصح. وأخص بالذكر الأستاذ الدكتور محمد عقله الإبراهيم والأستاذ الدكتور عبد المجيد الصلاحين والأستاذ الدكتور محمد القضاة والأستاذ الدكتور علي

---

(١) (النباهي/ تاريخ قضاة الأندلس/ ص٥١) .

الصوا والأستاذ الدكتور عمر الأشقر. فقد أجادوا وأفادوا في إبداء النصيحه الخالصة وهم أهل لذلك راجياً المولى عز وجل أن يثيبهم على فعلهم خير مثوبة وأن يجزل بخالص نيتهم أجزل عطاء، وأن يبارك بهم ويمد في أعمارهم خدمة للإسلام وأهله إنه على كل شيء قدير. والشكر لكل من ساعد وأسهم في إنجاز هذا العمل وأخص بالذكر والدتي العزيزة وزوجتي المخلصة الوفيه ولأبنائي ولسائر أخوتي فرداً فرداً فلهم كل الشكر والتقدير.

ثم الشكر لجامعة اليرموك ممثلة برئيسها ولكلية الشريعة والدراسات الإسلامية ممثلة بعميدها ولسائر الأخوة الزملاء أعضاء هيئة التدريس فيها. على دعمهم ومؤازرتهم وصالح دعائهم .

ومن بعدهم الشكر لكل من أسهم في إنجاز هذا العمل ولو بأقل القليل . نسيت منهم من نسيت وذكرت منهم من ذكرت. فلهم كل الشكر وكل التقير

اللهم إن كنا عصيناك فقد تركنا من معاصيك أبغضها إليك ، وهو الإشراك بك ، وإن كنا قصرنا عن بعض طاعتك ، فقد تمسكنا بأحبها إليك وهو شهادة أن لا إله إلا أنت ، وأن محمداً عبدك ورسولك .

والحمد لله رب العالمين

اسامة علي مصطفى الفقير الربابعة

الفصل الأول

مفهومُ أصولِ المحاكماتِ الشرعيةِ الجزائيةِ

لأصول المحاكمات الشرعية الجزائية مفهومٌ محددٌ ، يتضح من خلاله حدود موضوعه ، فيظهر ما يدخل فيه وما هو خارج عنه ، وفي هذا الفصل أعرض لبيان هذا المفهوم لغةً واصطلاحاً ، مع بيان الفرق بين هذا المفهوم وغيره مما قد يتشابه أو يتداخل معه في بعض الجوانب ، وبيان أهمية هذه الأصول وفائدة تقنينها .

وبذا يتكون هذا الفصل من ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تعريف أصول المحاكمات الشرعية الجزائية لغةً واصطلاحاً .

المبحث الثاني : الألفاظ ذات الصلة بأصول المحاكمات الشرعية الجزائية .

المبحث الثالث: أهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية وأهمية تقنينها .

المبحث الأول

تعريفُ أصولِ المحاكمات الشرعية الجزائية لغةً واصطلاحاً

إن معرفة هذا المصطلح الذي نحن بصدد دراسته تستلزم معرفة مفرداته عند أهل اللغة وعند الفقهاء ، فإن فقه هذه المفردات في ضوء اللغة يسهل من مهمة وضع تصور صحيح للمصطلح ، ومن بعدها يتيسر الحديث عن المعنى الاصطلاحي . ولذا جاء هذا المبحث على قسمين وضعتهما في مطلبين.

المطلب الأول : أصول المحاكمات الشرعية الجزائية لغة .

المطلب الثاني : أصول المحاكمات الشرعية الجزائية اصطلاحاً .

وتفصيل هذين المطلبين على النحو الآتي :

المطلب الأول

أصول المحاكمات الشرعية الجزائية لغةً

أتناول في هذا المطلب كل مفردةٍ على حدةٍ ، لبيان معناها في اللغة ، واقتضى هذا إفراد كل لفظةٍ من ألفاظ المصطلح بفرع مستقل ، فجاءت على النحو التالي :

الفرع الأول : معنى كلمة أصول لغةً .

الفرع الثاني : معنى كلمة المحاكمات لغةً .

الفرع الثالث : معنى كلمة الشرعية لغةً .

الفرع الرابع : معنى كلمة الجزائية لغةً .

وهذا هو بيانها ، ومن الله العون والهداية .

الفرع الأول : معنى كلمة أصول لغةً :

الأُصولُ جمع أصل ، والأصْلُ أسفلُ كل شيء[1] .

وأساس الحائط أصلُهُ، واستأصلَ الشيء : ثبت أصلُهُ وقوي ، والأصلُ يراد به الحسب، فيقال : فلان لا أصلَ له ولا فصْل . فالأصْلُ الحَسَب والفَصْلُ النسب[2] .

وفي حديث الأضحية : « أن النبي ﷺ نهى عن المُسْتأصَلَةِ »[3]، وهي التي أُخذ قرنها من أصلِهِ . واستأصل الله شأفته[4] : أي قلعها[5] .

ورأي أصيلٌ: له أصْلٌ أو ثابت الرأي والعقل[6]. وتصغير الأصل أصيلال قال النابغة[7] :

وقفت فيها أُصيلالاً أسائلها ∴ عيت جواباً وما بالربع من أحد[8]

---

(١) (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص١٢٤٢) (الجرجاني/ التعريفات/ ص٤٥) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١١ ص١٦) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص١٦) (المناوي/ التعاريف/ ص٦٩).
ويُجمع على أصول وآصال ، وأصْلان ، وأصَائِل . قال أبو ذؤيب الهذلي :
لعمري لأنت البيت أكرم أهله ∴ وأقعد في أفيائه بالأصائل

(٢) واستأصَلَهُ : أي قلعهُ من أُصوله أو بأُصولِهِ . (المناوي/ التعاريف/ ص٦٩) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١١ ص١٦) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص١٦) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص٨) .

(٣) (أحمد/ عن عتبة السلمي/ ح١٧٢٠٠) ، (أبوداود/ كتاب الضحايا/ باب ما يكره من الضحايا/ ح٢٨٠٣ بالإسناد نفسه) وفيه مجهولان .

(٤) الشأفة : قرحة تخرج بالقدم فتكوى فتذهب . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٩ص١٦٧) .

(٥) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١١/ ص١٦)

(٦) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١١/ ص١٦) . وتصغيره أُصيْلان وأُصيْلال على البدل . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١١/ ص١٧)

(٧) هو الشاعر المعروف بالنابغة الذبياني ، واسمه زياد بن معاوية بن جابر بن ضباب بن يربوع ، يكنى أبا أمامة ، وقد قال فيه عمر رضي الله عنه : أشعر العرب النابغة ، وقد كان ينشد في عهد النعمان بن المنذر. (البخاري/ التاريخ الكبير/ ج١ص٢١٤) (الإصابة/ ابن حجر/ ج٦/ ص٣٩٢، ٤٤١) ، (البغدادي/ تكملة الإكمال/ ج٢ص٦٧١) (الجمحي/ طبقات فحول الشعراء/ ج١ص٥١) .

(٨) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١١/ ١٧) .
الربع : المنزل والدار بعينها والوطن متى كان وبأي مكان كان . وفي حديث أسامة قال له عليه الصلاة والسلام : « وهل ترك لنا عقيل من ربع» ، وربع القوم محلتهم ، أي المنزل ودار الإقامة. (انظر : ابن =

والأصل عند الفقهاء وعند أهل المنطق : هو ما يُبنى عليه غيره[1] ، أو ما يتفرع عليه أو المحتاج إليه[2] .

وقالوا : أصل كل شيء ، ما يستند وجود ذلك الشيء إليه ؛ فالأب أصل للولد ، والنهر أصل للجدول[3] .

أو ما يفتقر إليه ولا يفتقر هو إلى غيره[4] .

وعند أهل المنطق : هو ما يبنى عليه غيره ، ولا يبنى هو على غيره ، والأصل ما يثبت حكمه بنفسه ، ويبنى عليه غيره[5] .

والملاحظ مما سبق أن المعنى المراد لموضوع البحث قد تطرق إليه العلماء؛ فالمقصود بالأصول في هذا البحث أنها القواعد العامة التي تنبني عليها هذه الأحكام ، والتي تنظم فروعه تحت خطوط عريضة ، تكون كالأساس لهذه الفروع ، وتحكم طرق تناولها ، وحدود موضوعاتها .

والفقهاء يستخدمون كلمة الأصول في مواطن كثيرة متعددة ، للدلالة على معانٍ متقاربة تشير بمجملها إلى الأساس الذي يبنى غيره عليه[6] .

= منظور/ لسان العرب / ج٨ص١٠٢) .

وأصِلَ الماءُ : إذا تغيَّر طعمه ، وأَصيْلَة الرجل : جميع ماله . (ابن منظور/لسان العرب/ج١١ص١٨) (الفيروز أبادي/ القاموس المحيط/ ص١٢٤٢) .

وقولهم : ما فعلته أصلاً ولا افعله أصلاً ، بمعنى ما فعلته قط ، ولا أفعله أبداً ، وانتصابه على الظرفية، أي : ما فعلته وقتاً من الأوقات ولا أفعله حيناً من الأحيان .

والأصيل : وقت ما بعد صلاة العصر إلى الغروب . (الفيومي/ المصباح المنير/ ص١٦) (المناوي/ التعاريف/ ص٧٠) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١١ص١٦) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص٨) (البعلي/ المطلع/ ص١٠٨) .

(١) (الجرجاني/ التعريفات/ ص٤٥) (المناوي/ التعاريف/ ص٦٩) .

(٢) (البعلي/ المطلع/ ص٢٤٢) .

(٣) (المناوي/ التعاريف/ ص٦٩) .

(٤) (الجرجاني/ التعريفات/ ص٤٥) .

(٥) (الجرجاني/ التعريفات/ ص٤٥) .

(٦) يطلق الفقهاء كلمة أصل على معانٍ متعددةٍ ؛ منها :

=

ودلالة الأصول على الفروع قوية ، وقد قيل في ذلك :

وكم قد رأينا من فروع كثيرة ∴ تموت إذا لم تحيهنَّ أصولُ[1]

ومنه قول عمر بن عبد العزيز[2] رضي الله عنه في أول خطبة خطبها لما أفضي الأمر إليه قال : « أيها الناس إنما نحن من أصول قد مضت فروعها ، فما بقاء فرع بعد أصله »[3] .

الفرع الثاني : معنى كلمة المحاكمات لغة :

المحاكمات جمع محاكمة ، وأصلها حَكَمَ ، والحُكْمُ : العلم والفقه[4] .

ومنه قوله تعالى : ﴿ وَءَاتَيْنَـٰهُ ٱلْحُكْمَ صَبِيًّا ﴾[1]، أي علماً وفقهاً[2] .

= (أ) الدليل في مقابلة المدلول (ب) القاعدة الكلية (ج) المستصحب (د) ما يقابل الأوصاف (هـ) أصول الإنسان (و) المبدل منه في مقابلة البدل (ز) أصل القياس (المقيس عليه) (ح) الأصول في البيوع كالأشجار والدور (غير المنقولة) (ط) أصول المسائل في الميراث (ي) رواية الأخبار وهو الراوي أو النسخة المنقول منها في الكتب (ك) أصول كل علم (أي قواعده العامة التي تستخدم في دراسته) . (الموسوعة الفقهية/ج٥ص٥٦،٥٥) .

(١) من قول حاجب بن ذبيان لأخيه زرارة ، ومنها قوله :

إلا يكن عظمي طويلاً فإنني ∴ له بالخصال الصالحات وصول

(أبو تمام/ ديوان الحماسة/ج٢ص٤٠) .

(٢) عمر بن عبد العزيز : ابن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية ، أمير المؤمنين ، أبو حفص القرشي، الخليفة الزاهد ، أشج بني أمية ، خامس الخلفاء الراشدين ، ولد سنة ٦٣هـ ، وتوفي سنة ١٠١هـ في رجب. (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ج٥ص١١٤) .

(٣) (أحمد زكي صفوت/ جمهرة خطب العرب/ج٢ص٢٠٢) .

ومثلها مروية عن أكثم بن صيفي يعزي عمرو بن هند في أخيه . (انظر : أحمد زكي صفوت / جمهرة خطب العرب/ ج١ص٣٧، ٣٨) .

ومثله قول الأصمعي سمعت اعرابياً يقول : « إذا ثبتت الأصول في القلوب نطقت الألسنة بالفروع ». (أحمد زكي صفوت/ جمهرة خطب العرب/ ج٣ ص٢٩١) .

ومنه : « وهل العلوم بعد الأصول المحفوظة إلا خطرات الأوهام ونتائج العقول » . (ابن قيس/ قرى الضيف/ ص٤٦٤) .

(٤) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص٦٢) (الفيروزأبادي/ القاموس المحيط/ ص١٤١٥) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ ص١٤١) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص١٤٥) .

ومنه الحديث الشريف : « الخلافة في قريش ، والحُكْم في الأنصار »[٣]، خصَّهم بالحكم؛ لأن أكثر فقهاء الصحابة فيهم[٤] .

والعرب تقول : حَكَمْتُ وأحْكَمْتُ وحَكَّمْتُ بمعنى منعت ورددت ، ولذا قيل للحاكم حاكماً ؛ لأنه يمنع الظالم من الظلم[٥] .

والقضاء من معاني الحكم ، وجمعه أحكام ، وقد حكم عليه بالأمر يحكم حُكْماً ، أي قضى ، وحَكَمَ له وحَكَمَ عليه ، وقد خصَّه البعض بالقضاء العادل دون غيره[٦] .

وقد أنشد ابن بري[٧] :

أقادتْ بنو مروانَ قيساً دماؤنا ∴ وفي الله أن لم يحكموا حُكْم عدل[٨]

والحِكْمَة : العدل . ورجل حكيم : عادل . وأحْكَمَ الأمر : أتقنه[٩] .

وحَكَم الشيءَ وأحْكَمَه : منعه من الفساد . وكل من منعته من شيء فقد حَكَمْتَهُ وأحْكَمْتَه[١٠] .

---

(١) (سورة مريم ، آية رقم ١٢) .

(٢) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ص١٤٠، ١٤١) .

(٣) (أحمد / عن عتبة بن عبد/ ج٤ص١٨٥/ ح١٧٦٩٠) (أبو بكر الشيباني/ الآحاد والمثاني/ ج٣ ص٣٧٧/ ح١٧٨٥) (المناوي/ فيض القدير / ج٣ص٥٠٨) .

(٤) من فقهاء الصحابة من الأنصار : معاذ بن جبل ، وأُبَيُّ بن كعب ، وزيد بن ثابت . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج ١٢ص١٤١) .

(٥) (ابن منظور / لسان العرب/ ج١٢ص١٤١، ١٤٤) .

(٦) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢/ ١٤١، ١٤٢) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص٦٢) (الفيروزأبادي/ القاموس المحيط / ص١٤١٥) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص١٤٥) .

(٧) ابن بري : هو أبو محمد عبد الله بن بري بن عبد الجبار المقدسي ثم المصري النحوي الشافعي، ولد ٤٩٩هـ ، وكان ثقة ودِيِّناً ، كان يحفظ من أشعار العرب ما لا يوصف ، وكان يتحدث ملحوناً ، ويتبرم بمن يتفاصح مع أنه إمام في اللغة . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٢٠ص٥٧٩/ ج٢١ص١٣٧) .

(٨) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ص١٤٢) .

(٩) (الفيروزأبادي/ القاموس المحيط/ ص١٤١٥) (ابن منظور/لسان العرب/ ج١٢ص١٤٣) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص٦٢) .

(١٠) (المطرزي/ المغرب/ ص١٤٥) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص١٤٥) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ ص١٤٣) (الفيروزأبادي/ القاموس المحيط/ ص١٤١٥) .

والحَكَمَةُ : القضاة[1] .

والمُحاكَمَةُ : المُخاصمة إلى الحاكم[2] .

وحَكَمْتُ بين القوم : فصلت بينهم ، فأنا حاكمٌ وحَكَمٌ[3] .

وفي الحديث في صفة القرآن الكريم : « وهو الذكر الحكيم »[4]. أي الحاكم لكم وعليكم ، أو هو المُحْكَمُ الذي لا اختلاف فيه ولا اضطراب[5] .

وأما عند أهل المنطق والكلام ؛ فالحُكْمُ : إسناد الأمر لآخر إيجاباً أو سلباً[6] .

وقيل في تعريفه : إصابةُ الحق بالعلم والعمل . والحكمة من الله معرفة الأشياء وإيجادها على غاية الإحكام ، والحكمة من الإنسان معرفة الموجودات وفعل الخيرات، و الحكم كذلك أن يقضي على شيء بشيء فيقول: هو كذا أو ليس بكذا[7] .

وقالوا في معنى الحكمة : المحكمة يستفاد منها ما هو الحق في نفس الأمر بسبب طاقة الإنسان[8] .

أما المعنى المراد في هذا البحث من هذه الكلمة فإنه من ضمن المعاني المذكورة عند أهل اللغة ، فيشمل رفع الأمر إلى الحاكم لرفع الخصومة ، ويشمل كذلك القضاء ، ويشمل كذلك المنع من الفساد .

---

(١) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ص١٤٢) .

(٢) (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص١٤١٥) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص٦٢) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ ص١٤٢) .

(٣) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص١٤٥) .

(٤) (الترمذي/ فضائل القرآن/ باب ما جاء في فضل القرآن الكريم/ ح٢٩٠٦، وقال: حديث غريب) (الدارمي/ فضائل القرآن/ باب فضل من قرأ القرآن/ ح٣٣٣١، ٣٣٣٢) .

(٥) (الفيروزأبادي/ القاموس المحيط/ ص١٤١٥) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ص١٤١) .
والحَكَمَةُ : حديدة في اللجام تكون على أنف الفرس وحنكه، تمنعه من مخالفة راكبه ، وحَكَمَةُ الإنسان: مقدَّمُ وجهه ، ورفع الله حَكَمَتَهُ : أي رأسه وشأنه . (الفيروزأبادي/ القاموس المحيط/ ص١٤١٥) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ص١٤٤) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص١٤٥) .

(٦) (الجرجاني/ التعريفات/ ص١٢٣) (المناوي/ التعاريف/ ص٢٩١) .

(٧) (المناوي/ التعاريف/ ص٢٩١) (الجرجاني/ التعريفات/ ص١٢٣) .

(٨) (الجرجاني/ التعريفات/ ص١٢٣) .

وبالبحث في كتب الفقه وجدت في كثير من كلام الفقهاء استخدام هذه الكلمة ، وبالمعنى المراد منها في موضوعنا هذا .

ومنه قول الإمام العز بن عبد السلام[1] رضي الله عنه :

« وكذلك تسوية الحكام بين الخصوم في المحاكمات »[2].

وقول الإمام القرافي[3] رضي الله عنه :

« ولا يكون أحد منهم وكيلاً في المحاكمات على المسلمين »[4].

الفرع الثالث : معنى كلمة الشرعية لغةً :

الشرعية نسبة إلى الشرع ، والشَرْعُ من شَرَعَ الوارد يَشْرَعُ شَرْعاً : ورد الماء أو تناول الماء بفيه . والشريعةُ والشِّراعُ والمِشْرَعَةُ : المواضع التي يُنْحَدَرُ إلى الماء منها[5] .

والشِّرْعَةُ والشريعةُ في كلام العرب : مِشْرَعَةُ الماء ، وهي مورد الشاربة التي يَشْرَعُها الناس فيشربون منها ويستقون . والعرب لا تسميها شريعةً حتى يكون الماء عِدّاً[6] لا

---

(١) العز بن عبد السلام : عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن حسن السلمي ، سلطان العلماء ، وبائع الملوك ، ولد بدمشق ٥٧٧هـ ، وتوفي بالقاهرة ٦٦٠هـ ، من مؤلفاته : قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، الإمام في أدلة الأحكام ، وغيرها كثير . (ابن قاضي شهبة/ طبقات الشافعية/ ج٢ص١٠٩) .

(٢) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ص٥١/ ج١ص١٧٣) (الزركشي/ المنثور في القواعد الفقهية/ ج٢ص٦٤) .

(٣) القرافي : شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي البهنسي المصري ، انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك ، وله مؤلفات عديدة منها : كتاب القواعد (الفروق) ، وله شرح التهذيب، وشرح المحصول، والتنقيح في أصول الفقه ، والذخيرة . (ابن فرحون/ الديباج المذهب/ ص٦٢).

(٤) (القرافي/ الفروق/ ج٣ص١٥) . ومثله قول الإمام السبكي في فتاويه : « والقاضي إنما يتكلم في الأمور الشرعية وفصل المحاكمات » . (السبكي/ فتاوى السبكي/ ج١ص١٨١) .

(٥) (الفيروزابادي/ القاموس المحيط/ ص٩٤٦) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ص١٧٥) .

(٦) الماء العِدّ : الذي لا ينقطع . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٣ص٢٨٥) ، وفيه الحديث : « يا رسول الله لقد أقطعته الماء العد ، فنزعها ﷺ ممن أقطعها إياه » والذي أقطعها له هو أبيض بن حمال رضي الله عنه . أخرجه الترمذي وأبو داود وابن ماجه والدارمي .

انقطاع له، ويكون ظاهراً معيناً لا يسقى بالرشاء[1] كماء الأنهار[2] .

وفي المثل : « أهون السقي التَّشْريع » ، وذلك لأن مُورد الإبل إذا ورد بها الشريعة لم يتعب في إسقاء الماء لها كما يتعب إذا كان الماء بعيداً[3] .

وفي الحديث : « فأَشْرَعَ ناقته »[4] ؛ أي أدخلها في شريعة الماء .

والشريعة : الطريقة الظاهرة في الدين[5] . وسميت بذلك لوضوحها وظهورها، وجمعها شرائع ، وشرع الله لنا كذا يشرعه : أظهره وأوضحه . والشريعة والشِّرْعَة : ما سنَّ الله من الدين وأمر به ؛ كالصوم والصلاة والحج والزكاة وسائر أعمال البر[6]. ومنه قوله تعالى : ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَـٰكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ ٱلْأَمْرِ ﴾[7]، وقوله

---

(١) الرشاء : الحبل ، والجمع أرشية . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٤ ص٣٢٣) .

(٢) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ص١٧٥) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص١٤١) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص٣١٠) (الفيروزأبادي/ القاموس المحيط/ ص٩٤٦) .

والناس في هذا الأمر شَرَعٌ : أي سواء ، وشَرَعْتُ في الأمر أَشْرَعُ شروعاً : أخذت فيه . وشَرَّعْت الماء أشْرَعْتُهُ : أوردته الشريعة . وشَرَعَ الباب إلى الطريق شروعاً : اتصل به . وشَرَعْتُهُ أنا وأشْرَعْتُهُ : إذا فتحته وأوصلته . وطريقٌ شارعٌ : يسلكه الناس عامة . وأشْرَعْتُ الجناح إلى الطريق : وضعته . وأشْرَعْتُ الرمح: أملته . (الرازي/ مختار الصحاح ص١٤١) (الفيومي/ المصباح المنيرص٣١٠) (الفيروزأبادي/ القاموس المحيط/ ص٩٤٦) .

وبيت شارعٌ : أي قريب من الشارع الذي هو طريق الناس عامة . (المطرزي/ المغرب/ ص٢٤٨) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص ١٤١) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ص١٧٦) .

واتخذ شِرْعَةً على الفرات : أي موضع شروعٍ في الماء . (النسفي/ طلبة الطلبة/ ص١٥٧) .

(٣) (الفيروزأبادي/ القاموس المحيط/ ص ٩٤٦) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ص١٧٥) .

(٤) (انفرد به مسلم/ الزهد والرقائق/ باب حديث جابر الطويل وقصة أبي اليسر/ ح٣٠١٤) .

والشريعةُ كذلك موضع على شاطئ البحر تُشْرَعُ فيه الدواب .

وشَرَعَ الطريق : إذا تبين ، وشرعي هذا : أي حسبي . (الرازي/ مختار الصحاح/ ص ١٤١) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ص١٧٥) (الجرجاني/ التعريفات/ ص١٦٧) (المطرزي/ المغرب/ ص٢٤٨) (زكريا الأنصاري/ الحدود الأنيقة/ ص٦٩) .

(٥) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص١٤١) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ص١٧٦) (المطرزي/ المغرب/ ص٢٤٨).

(٦) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ص١٧٥) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص١٤١) .

(٧) (سورة الجاثية ، آية رقم ١٨) .

تعالى: ﴿ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ﴾[1]؛ قيل في تفسيره : الشرعة الدين ، والمنهاج الطريق ، وقيل : الشرعة والمنهاج جميعاً الطريق . وقال ابن عباس رضي الله عنه : شرعة ومنهاجاً سبيلاً وسنة ، وقال قتادة[2] رحمه الله : شرعة ومنهاجاً الدين واحد والشريعة مختلفة . وقيل : على شريعة : على مثال ومذهب[3] .

وفي التنزيل : ﴿ شَرَعَ لَكُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِۦ نُوحًا ﴾[4]؛ أي أظهر ، وشرع فلان : إذا أظهر الحق وقمع الباطل[5] .

أما الفقهاء؛ فالشَرْعُ عندهم : تجويز الشيء أو تحريمه؛ أي جعله جائزاً أو حراماً[6] .

أو أنه نهج الطريق الواضح ، واستعير ذلك للطريقة الإلهية[7] .

أما الشريعة عندهم فهي الائتمار بالتزام العبودية[8] .

أما الشارعُ فهو مبين الأحكام الشرعية والطريقة في الدين. والمشروعُ ما أظهره الشرع.

والدين ، وما ورد به الشرع من التعبد ، ويطلق على الطاعة والعبادة والجزاء

---

(١) (سورة المائدة ، آية ٤٨) .

(٢) قتادة : أبو الخطاب قتادة بن دعامة بن قتادة السدوسي ، وكان أعمى ، ولد سنة ٦٠هـ ، ومات سنة ١١٧هـ، إمام حافظ وكان من أوعية العلم ، ويضرب به المثل في قوة الحفظ . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٥ص٢٦٩) (الشيرازي/ طبقات الفقهاء/ ص٩٤) .

(٣) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ص١٧٦) (الفيروزأبادي/ القاموس المحيط/ ص٩٤٦) .

(٤) (سورة الشورى ، آية رقم ١٣) .

(٥) والشِّرْعَة : العادة ، والشِّرْعَةُ : الوتر الرقيق ، وقيل : هو الوتر ما دام مشدوداً على القوس . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ص١٧٦) (الفيروزأبادي/ القاموس المحيط/ ص٩٤٦) .

وشَرَعَ في الأمر : أي خاض فيه . (الرازي/ مختار الصحاح/ ص١٤١) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ص١٧٥) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص٣١٠).

(٦) (زكريا الأنصاري/ الحدود الأنيقة/ ص٦٩).والأصوب أن يقال الكشف عن جوازه أو حرمته.

(٧) (المناوي/ التعاريف/ ص٤٢٨) .

(٨) (الجرجاني/ التعريفات/ ص١٦٧) (المناوي/ التعاريف/ ص٤٢٨) .

والحساب[1] .

أما الشروعُ عندهم فهو الدخول في الشيء والتلبس بفعله ، وقال بعضهم : هو التلبس بجزء بقصد تحصيل الأجزاء الباقية[2] .

مما سبق ؛ فإن المقصود بوصف أصول المحاكمات الجزائية بالشرعية ونسبتها للشريعة ، بيان أنها الواردة على نهج الشريعة وطريق الدين ، وعلى سَنن الأحكام الشرعية التفصيلية أو الكلية حتى تتميز عن غيرها من أصول المحاكمات غير الشرعية.

الفرع الرابع : معنى كلمة الجزائية لغةً :

الجزائية نسبة إلى الجزاء، يقال : أجزأه الشيء كفاه، وجازاك فلان كافأك، وجزاهُ وجَازَاهُ[3] .

يقول الشاعر :

لقد آليت أغدر في جداع ∴ وإن منيت أُمّات الرباع

لأن الغدر في الأقوام عار ∴ وإن المرء يجزأ بالكراع

أي يكتفي به[4] .

وفي الحديث : « ليس شيء يجزئ من الطعام والشراب إلا اللبن »[5] ، أي ليس

---

(١) (زكريا الأنصاري/ الحدود الأنيقة/ ص٧٠) .

(٢) (المناوي/التعاريف/ ص٤٢٨) .

(٣) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١ص٤٦) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص٤٣) (المطرزي/ المغرب/ ص٨١) (المناوي/ التعاريف/ ص٢٤١،٢٤٠) (الفيروزأبادي/ القاموس المحيط/ ص١٦٤٠) .

(٤) (ابن منظور/لسان العرب/ ج١ص٤٦) .

الجداع : سنة شديدة تجدع كل شيء . (الميداني/ مجمع الأمثال/ ج٢ص٣٧٧) .

والكراع : هو مستدق الساق العاري من اللحم من البقر والغنم .(ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ ص٣٠٧).

الرباع : ما ولد من الإبل في الربيع أو ما ولد في أول النتاج ، وإحسان غذائها أن لا يستقصى حلب أمهاتها إبقاءً عليها . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ص١٠٥) .

(٥) (الترمذي/ الدعوات/ باب ما يقول إذا أكل طعاماً/ ح٣٤٥٥ ،وقال هذا حديث حسن) (ابن ماجه/ الأطعمة باب اللبن/ ح٣٣٢٢) (أبو داود/ الأشربة/ باب ما يقول إذا شرب اللبن/ ح٣٧٣٠) (أحمد/ عن ابن عباس/ ح١٩٧٩، ٢٥٦٥) ، وطريق ابن ماجه أصح طريق في الباب ؛ فرواته ثقات .

يكفي[1].

وفي حديث سهل[2] : « ما أجزأ منا اليوم أحد كما أجزأ فلان »[3]، أي فعل فعلاً ظهر أثره وقام فيه مقاماً لم يقمه غيره ، ولا كفى فيه كفايته[4] .

وجزى عنه : أي قضى ؛ ومنه قوله تعالى : ﴿ لَّا تَجْزِى نَفْسٌ عَن نَّفْسٍ شَيْـًٔا﴾[5].

ويقال : جزت عنه شاة[6]. وفي الحديث : « تجزئ عنك ولا تجزئ عن أحد بعدك »[7]، أي تقضي[8] .

وبنو تميم يقولون أجزأت عنه شاة بالهمز ، وتجازى دينه أي تقاضاه ، فهو متجاز أي متقاض[9] .

---

(١) (المطرزي/ المغرب/ ص٨١) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١ص٤٦) .

(٢) هو سهل بن سعد بن مالك الساعدي الأنصاري ، صحابي جليل .(انظر رواية مسلم/ الإيمان/ ح١٢).

(٣) (البخاري/ الجهاد والسير/ باب لا يقول فلان شهيد/ح٢٨٩٨) (مسلم/ الإيمان/ باب غلظ تحريم قتل الإنسان نفسه/ ح١١٢) (أحمد/ عن سهل بن سعد/ح٢٢٣٠٦) .

(٤) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١ص٤٧) .

=

وجزئت الإبل: إذا اكتفت بالرطب عن الماء. (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١ص٤٦) (المطرزي/ المغرب/ ص٨١).

(٥) (سورة البقرة ، آية رقم ١٢٣) .

(٦) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص٤٤) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص١٠٠) .

(٧) (البخاري/ كتاب الأضاحي/ باب قسمة الإمام الأضاحي بين الناس/ ح٥٥٤٥، وللحديث أطراف في الجمعة/ ح ٩٥٥، ٩٦٥، ٩٦٨، ٩٨٣/ والأضاحي /ح٥٥٥٧، ٥٥٦٠، ٥٥٦٣) (مسلم/ الأضاحي/ باب وقتها -الأضحية-/ ح١٩٦١) (النسائي/ صلاة العيدين/ باب الخطبة يوم العيد/ ح١٥٦٣) (الترمذي/ الأضاحي/ باب ما جاء في الذبح بعد الصلاة/ ح١٥٠٨) (أبو داود/ الضحايا/ باب ما يجوز من السن في الأضاحي/ ح٢٨٠٠) (ابن ماجه/ الأضاحي/ باب النهي عن ذبح الأضحية/ ح٣١٥٤) (أحمد/ عن البراء بن عازب/ ح١٨٠١٢، ١٨٢١٦، ١٨٢١٨) (الدارمي/ الأضاحي/ باب الذبح قبل الإمام/ ح١٩٦٢) .

(٨) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١ص٤٧) (المطرزي/ المغرب/ ص٨١) .

(٩) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص٤٤) .

والجزية : ما يؤخذ من أهل الذمة ، والجمع جِزَى . (الفيومي/ المصباح المنير/ ص١٠٠، ١٠١) (الفيروزأبادي/ القاموس المحيط/ ص١٦٤٠) (الرازي/ مختار الصحاح / ص٤٤) (المطرزي/ المغرب/ ص٨١) .

وجزى جزاءً مثل قضى قضاءً وزناً ومعنى . وفي الدعاء : جزاه الله خيراً، أي قضاه له وأثابه عليه ، وقد يستعمل أجزأ بالألف والهمز بمعنى جزى، والثلاثي من غير همز لغة أهل الحجاز ، والرباعي المهموز لغة تميم[1] .

وجازيته بذنبه : عاقبته عليه[2] .

وقد يأتي الجزاء بمعنى العدل[3] . ومنه : يوم الدين يوم الجزاء ، أي يوم العدل[4] .

والجزاء يقصد به المجازاة في النفع والضرر كليهما ، بخلاف الأجر [5].

وفي علم الكلام قالوا : ما فيه الكفاية من المقابلة ، إن خيراً فخير ، وإن شراً فشر[6] .

والمعاني السابقة تفيدنا في موضوع دراستنا ؛ فالجزائية يقصد بها مكافأة الجاني على فعله، وهذا لا يتصور إلا في الشر ، والجاني بفعله للجناية استحق للأمة وللناس مثل فعله لِيُقضى به، فيعاقب بمثل ما فعل كلما أمكنت المماثلة ، وكلها من معاني الجزاء .

---

(١) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص١٠٠) (المطرزي/ المغرب/ ص٨١) (الرازي/ مختار الصحاح / ص٤٤) .

(٢) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص١٠٠) .

والجزء : الاستغناء بالشيء عن الشيء ، وكأنه الاستغناء بالأقل عن الأكثر ، فهو راجع إلى معنى الجزء، ويجزي هذا في هذا : أي كل واحد منهما يقوم مقام صاحبه ، وجزأ بالشيء وتجزأ : قنع واكتفى به . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١ ص٤٦) .

(٣) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١١ ص٤٣٥) .

(٤) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٣ ص١٦٩) .

(٥) (المناوي/ التعاريف/ ص٣٦) .

(٦) (المناوي/ التعاريف/ ص٢٤٠) .

المطلب الثاني

أصول المحاكمات الشرعية الجزائية اصطلاحاً

في هذا المطلب أتناول معنى أصول المحاكمات الشرعية الجزائية في الاصطلاح .

والذي أقصده من الاصطلاح ليس ما اتفق عليه الفقهاء في بيان معنى هذه الجملة بالتحديد ، وإنما أقصد المعنى الموضوعي للعبارة بما يتوافق مع آراء العلماء والفقهاء فيما اصطلحوه من معانٍ خاصة وألفاظ محددة ، لها مساس بالأحكام التي يتم تناولها في هذا البحث.

ويقتضي ذلك تحديد مفهوم أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، ثم ذكر تعريفات مقترحة ، ثم التعريف المختار .

فناسب تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع :

الفرع الأول : تحديد مفهوم أصول المحاكمات الشرعية الجزائية .

الفرع الثاني : تعريفات مقترحة .

الفرع الثالث : التعريف المختار ومحترزات قيوده .

وسأبدأ بذكرها على التوالي .

الفرع الأول : تحديد مفهوم أصول المحاكمات الشرعية الجزائية :

تُقسم قواعد الجزاء إلى قسمين :

القسم الأول : قواعد العقوبات .

القسم الثاني : قواعد أصول المحاكمات .

فالقسم الأول : يحدد التصرفات التي تعتبر جرائم ، ويحدد العقوبات المقررة لهذه التصرفات . وليس من شأنه بيان التصرفات التي لا تعتبر جرائم أو التصرفات

المسموح بها[1] ، إلا عن طريق مفهوم المخالفة ، فما نُصَّ عليه كان من الجرائم ، وما لم ينص عليه كان من الأفعال المسموح بها .

ومن هنا وصفوا هذه القواعد بأنها قانون المجرمين[2] ؛ لأنه يحدد الأفعال الإجرامية .

القسم الثاني : هي القواعد التي تتناول الإجراءات اللازمة لتطبيق قواعد العقوبات من ضبط الجريمة ، والتحقيق فيها ، والقبض على فاعليها ، ومحاكمتهم بعد إحالتهم للقضاء ، ثم تنفيذ العقوبة بحقهم ، وتحديد الجهات صاحبة الاختصاص في كل مرحلة من مراحل هذه الإجراءات .

ويسمى هذا القانون بقانون الشرفاء[3] ؛ لأنه يسعى لتحصيل الحق من الجاني فقط دون بقية الناس .

فقانون الجزاء يعتمد على هاتين الركيزتين وإحداهما موضوع بحثنا هذا .

ولما كان اعتناء الباحثين والدارسين منصباً على القواعد المقررة للعقوبات الشرعية ، فقد تحدد مفهوم العقوبات وقواعده بما يمنع غيره من الدخول فيه .

أما الشق الثاني من قانون الجزاء الإسلامي فلم يكن له النصيب ذاته ؛ فقد اختلط مفهومه بغيره ، حتى أصبح بحاجة إلى مزيد إيضاح وتبيين .

فأصول المحاكمات الشرعية الجزائية لها استقلالها ، وليست تابعة لأصول المحاكمات المدنية، ولا لأصول المحاكمات الشرعية في الأحوال الشخصية ، بل جميعها يتبع النظرية العامة لأصول المحاكمات في الإسلام ، وهذا يعني اشتراك فروع النظرية (الجزائي والمدني والشرعي للأحوال الشخصية) في قواعد معينة ، ويعني كذلك افتراقها في أخرى .

---

(١) يقول د. محمد الزحيلي : « قوانين الموضوع : وهي تبين نوع التصرفات الجائزة والممنوعة » . (أصول المحاكمات الشرعية والمدنية/ ص٩٧) .

(٢) انظر : (ممدوح البحر/ مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية/ ص٩) .

(٣) انظر : (ممدوح البحر/ مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية/ ص٩) .

فالمشتركة هي القواعد التي لا تتغير من فرع إلى فرع ، فهي ذاتها في الفرع المدني كما هي في الجزائي وهكذا .

والمفترقة هي القواعد التي تتغير بحسب كل فرع ، مما يعطي كل فرع من فروع النظرية صفته وهيئته المستقلة .

واستقلالية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية تمتد لتكون لنفسها أصلاً قائماً بذاته ، ومنهجاً مستقلاً عن كل مناهج القوانين الوضعية .

ولن أسلك في هذا البحث مسلك التطويع للنصوص فوق ما تحتمله ، أو ليٍّ أعناق النصوص حتى تدخل فيما لا طائل تحته ، بل سأبيِّن أن هناك قانوناً للإجراءات الجزائية في الشريعة الإسلامية مستقلاً عن غيره ، دون تأثر بالقانون الفرنسي ولا الأردني ولا اللبناني ولا غيرها . حتى نؤكد الهوية الخاصة لهذا القانون، ومن أجل ذلك وُصفت بالشرعية ؛ دلالة على منبعها الشرعي وأصلها الديني .

ومما يجدر ذكره في هذا المقام ، أنه وبالاطلاع على قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني تبين أنه مأخوذ عن القانون اللبناني ، والذي بدوره مأخوذ عن القانون الفرنسي بحذافيره[١] .

ووجدت أن تقسيم هذا القانون كان غير منطقي ، وجاء كما يلي :

الكتاب الأول : الضابطة العدلية ووظائفها .

الكتاب الثاني : المحاكمات

الكتاب الثالث : أصول خاصة ببعض القضايا .

الكتاب الرابع : لم يرد له عنوان ، وإنما ابتدأ بذكر أبوابه ، فكان الباب الأول قوة الأحكام النهائية وسقوط الدعوى والعقوبة[٢] .

وبالرجوع إلى القانون اللبناني والسوري وجدت أن عنوان هذا الكتاب

---

(١) انظر (ممدوح البحر/ مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية/ ص٣٧) (فاروق الكيلاني/ محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية/ ج١ص٢٤) .

(٢) انظر (نقابة المحامين الأردنيين/ مجموعة التشريعات الجزائية/ ١٩٩٥/ ص٩٦) .

-الرابع- جاء كما يلي : (بعض الأمور المتعلقة بالمنافع العامة والأمن العام)، ويبدو أن عدم منطقية هذا العنوان مع مضمون الكتاب الرابع دفع بمن صاغ القانون الأردني إلى عدم ذكر هذا العنوان ، فجاء خلواً من عنوان ، ولم يكلف نفسه عناء إيجاد عنوان بديل له . وهذا يدل على عدم استقلالية هذه القوانين ، بل ويدل على تبعيّتها المفرطة .

وتميز فقهنا الإسلامي يدفعنا إلى الاستقلال عما كتبه أهل القانون في أصول محاكماتهم ، ويدفعنا بالمقابل إلى توضيح معالم هذا الفقه العظيم .

وقد أفاض الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقاء -رحمه الله- في كتابه (المدخل الفقهي العام) في توضيح استقلالية الفقه الإسلامي عموماً ، وذكر بالتحديد القانون الجزائي الإسلامي ، وأيد ذلك بقرارات المؤتمرات التي عقدت وقررت هذه الأصالة(١) .

وحتى عند أهل القانون ، فإنهم عند تقسيم الأنماط المختلفة لأصول المحاكمات الجزائية ، يجعلون نمطاً خاصاً بالتشريع الإسلامي ، ويجعلون له من المزايا ما يجعله متميزاً عن غيره من النظم الأخرى(٢) .

وإنَّا وإن كان افتخارنا بهذا التشريع نابعاً من ذات التشريع ، لا بما يقوله الآخرون عنه ، وخصوصاً من غير الفقهاء المسلمين ، إلا أن بعضاً من الناس يستهويه مثل ذلك ، ويطرب لسماعه ، ولكن يكفينا قول الله تعالى : ﴿ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا ﴾(٣)، ويكفينا آراء

---

(١) (مصطفى الزرقا/ المدخل الفقهي العام/ ج١ص٢٣٠،٢٢٩) (سمير عالية/ نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام / ص٢٤) .

(٢) وقد فعل هذا التقسيم جملة من الأساتذة في القانون . انظر (ممدوح البحر/ مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني/ ص٢٢، ٣٠) وانظر (فاروق الكيلاني/ محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية/ ص٧٦) .

(٣) (سورة المائدة ، آية رقم ٣) .

علمائنا في ذلك؛ يقول الإمام ابن القيم[١] رحمه الله : « ومن له ذوق في الشريعة واطلاع على كمالاتها وتضمنها لغاية مصالح العباد في المعاش والمعاد ، ومجيئها بغاية العدل الذي يفصل بين الخلائق ، وأن لا عدل فوق عدلها ، ولا مصلحة فوق ما تضمنته بمقاصدها ووضعها وحسب فهمه فيها ، لم يحتج إلى سياسة غيرها البتة »[٢] .

وفي تحديد المفهوم لا بد من التطرق إلى مدى شكلية هذه الأصول أو موضوعيتها ، فهل هي شكلية أم موضوعية أم مختلطة بينهما ؟

إن الشائع عند كل من تطرق إلى الحديث عن أصول المحاكمات الجزائية القول بشكلية هذه الأصول ، ونفي علاقتها بالموضوعية من قريب أو بعيد ؛ ومن ذلك مقولة الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقاء حيث يقول عند ذكره للقوانين وأنها نوعان :

« الثاني : قوانين المراسم أو الأصول ، وهي التي ترسم وتبين الطرائق التي يجب سلوكها، والأشكال التي يجب أن يصدر العمل على وفقها ، وتسمى أيضاً القوانين الشكلية » ، ثم يتابع بعد ذلك بقليل قوله عن قوانين الأصول : « وإنما هي تتصل بسياسة التشريع ، وتنظيم تطبيقه أكثر ما تتصل بتلك المبادئ والقواعد ... ولذلك لم يأت التشريع الإسلامي في أصله بشيء من أحكام المراسم ، إلا ما اعتبر فيه مصلحة ثابتة دائمة » . ثم ضرب الشيخ -رحمه الله- لذلك مثالاً وهو التقادم فقال : « وقد يعينون للتقادم مدةً ثم يرون المصلحة في زيادتها أو نقصها دون أن تتبدل أو تتغير المبادئ والنظريات الحقوقية التي تحكم في أصل الحق »[٣] .

وممن سار على هذا النهج فضيلة الدكتور محمد الزحيلي في كتابه أصول المحاكمات الشرعية والمدنية ، حيث يقول : « وإن أنظمة المرافعات وقوانين أصول المحاكمات لا تمس العقيدة الإسلامية من قريب ولا من بعيد ، ولا تمس الشريعة

---

(١) ابن القيم : شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي الحنبلي ، الشهير بابن قيم الجوزية ، ولد ٦٩١هـ وتوفي ٧٥١هـ ، إمام فقيه أصولي محقق بارع مفسر متقن . (ابن تغرى بردي/ النجوم الزاهرة/ ج١٠ص٢٤٩) .

(٢) (ابن قيم الجوزية/ الطرق الحكمية/ ص٥) .

(٣) (مصطفى الزرقاء/ المدخل الفقهي العام/ ص٢٠٣) .

الغراء بسوء ، وإنما هي أمور تقتضيها ظروف الزمان وتطوره الحضاري والاجتماعي والاقتصادي »[1].

وكذلك درس باحثون آخرون مدى الشكلية والموضوعية في قواعد أصول المحاكمات الجزائية ، واتفقوا كذلك ابتداءً على شكلية هذه القواعد[2] ، إلا أنهم وبعد حين يطرحون تساؤلات عن مدى موضوعية قاعدة من قواعد الإجراءات ، أو مدى شكليتها ؛ يقول د. محمد الفاضل : « وإذا كان الإجماع منعقداً[3] على اعتبار القوانين المتعلقة بالتنظيم القضائي وبالاختصاص وبإجراءات المحاكمات الجزائية شكلية ، فإن ثمة نصوصاً قانونية مختلفٌ على تحديد صفتها ؛ أهي شكلية أم أساسية أم موضوعية ، ومن هذا القبيل الأحكام التي تتعلق بسقوط الدعوى العامة ، كالتقادم والعفو العام وقوة القضية المحكوم بها ... »[4].

ولعل السبب في وجود هذا الاختلاف في بعض القواعد هو طريقة النظر إلى هذه القواعد ؛ فالناظر إلى من يطبقها ، ومتى يطبقها ، وأين يعمل بها ، وكيف يتم التعامل معها ، اعتبرها قواعد شكلية محضة لا علاقة لها بالموضوعية ، كما ذكر الشيخ الزرقا ، وضرب مثالاً على ذلك التقادم ، معلناً بذلك أنها قمة الشكلية وعدم الموضوعية ؛ لأنه نظر إلى تحديد المدة فيها .

أما الناظر إلى أثر هذه القواعد وهدفها وكيفية تقريبها وبحثها، ربطها بالقواعد الموضوعية. فالتقادم الذي ضربه الشيخ الزرقاء مثلاً يقول فيه د. محمد الفاضل حول موضوعيته : « لأن التقادم الذي يحول دون إقامة الدعوى العامة ويمنع من ملاحقة الجرم يفضي في الحقيقة إلى محو الصفة الجرمية عن الواقعة الإجرامية ، ويؤول من

---

(١) (محمد الزحيلي/ أصول المحاكمات الشرعية والمدنية/ ص٩٩) .

(٢) انظر (فاروق الكيلاني/ محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية/ ص١٩) (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص٢٣) (علي محمد جعفر/ مبادئ المحاكمات الجزائية/ ص٥، ٦) (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجزائية/ ص٥٦) .

(٣) المقصود هنا الإجماع القانوني وليس الشرعي .

(٤) (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص٢٣) .

حيث النتيجة إلى إفلات المجرم من كل عقاب »[1]، ولذلك اعتبره بحسب هذا المفهوم من الأصول الموضوعية ؛ لأنه نظر إلى هدفها ومضمونها .

والذي أخلص إليه في هذه المسألة ، أن الشكل والموضوع مرتبطان ارتباطاً وثيقاً لا غنى لأحدهما عن الآخر .

ففي الوقت الذي تعتبر فيه القواعد الموضوعية قواعد جامدة لا روح فيها ، كانت القواعد الشكلية هي التي تبث هذه الروح فتجعلها واقعاً ملموساً حيةً تتفاعل مع الأحداث والنشاط البشري[2] .

فاتصال قواعد أصول المحاكمات الشرعية الجزائية بالشكلية بالنظر إليها من جانب معين لا يقلل من أهميتها ، ولا يبخسها حقها . وقد أفردت لبيان أهميتها مطلباً خاصاً .

ويكفي لتقرير العنصر الموضوعي في هذه الإجراءات ، أن الشرط فيها حتى تكون مشروعة ، أن تحقق مصلحة شرعية ، بحيث تصبح غير شرعية إذا لم تحقق ذلك؛ لأنها عندئذ إما أن تكون ضارة ، وهو الأغلب ، بسبب ما تسهم فيه من التعطيل والتأخير ، وإما أن تكون نوعاً من العبث .

أما القول بأن هذه القواعد لا تستند إلى مبادئ الحقوق وقواعد العدل الثابتة كما ذكر البعض ، فهو كلام من المناسب إعادة صياغته ، فيقال عندها : إن من أصول المحاكمات ما لا يستند إلى مبادئ الحقوق وقواعد العدالة الثابتة ، فينطبق هذا

---

(١) (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص٢٣) .

(٢) ينقل د. محمد الفاضل عن عالم القانون الوضعي (غارو) ما نصه : « إذا كان قانون العقوبات ينطوي على القواعد الموضوعية التي تنظم حق العقاب وهو في حالة سكون وجمود ، فإن أصول المحاكمات الجزائية تتضمن القواعد التي تنفخ الحياة في هذا الجماد ، وتترجمها إلى وقائع وتنظم حتى العقاب وهو في حالة حركة ، فلولا قواعد الأصول لكانت قواعد قانون العقوبات نصوصاً ميتة جامدة ، وأحكاماً لا حس فيها ولا حياة ، وقواعد الشكل هنا وسيلة لا بد منها ولا غنى عنها للتعبير عن قواعد الموضوع ووضعها موضع العمل والتنفيذ » .
(محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص١٢) .

القول على بعض الإجراءات التي يمكن أن تتغير مع مرور الزمن دون خوف على قدسيتها واحترامها -مع أن الثبات وعدم التغير ليس معياراً للشكلية والموضوعية- ومن هذه الإجراءات :

أ - المدة التي تحدد للتقادم .

ب - أو المدة التي يحق للقاضي أو لولي الأمر حبس المتهم .

ج - أو مكان انعقاد الجلسة للمحاكمة .

ولكن قواعد أصول المحاكمات ليست كلها من هذا القبيل ؛ فإن هناك إجراءات أخرى لصيقة بالعدالة وقواعدها وبالحقوق ومبادئها ، ومن ذلك :

أ - مبدأ المساواة بين الخصمين .

ب - مبدأ الشورى في القضاء .

ج - مبدأ علنية القضاء وعلنية التنفيذ .

د - مبدأ الطعن في الأحكام القضائية .

فهل يمكن القول بأنها لا تتسم بالثبات أو القدسية أو الاحترام .

وإنني ألتمس العذر لكل مَن لم يفرق بين قواعد أصول المحاكمات الجزائية، فإن خطة الموضوع دخل فيها ما ليس منها ، وخرج عنها ما هو منها .

فدخل في الموضوع عندهم نظام القضاء مثلاً ، والذي يُعنى بإدارة القضاء، كتعيين القضاة وشرائط تعيينهم وصفاتهم وطريقة عزلهم وأرزاقهم وغيرها من الأمور التي لا دخل لها بأصول المحاكمات الجزائية الشرعية ، وهي مما يصح فيها وصف القائلين بالشكلية .

وخرج من خطة الموضوع عندهم ما ذكرته من قواعد لها مساس بالعدل، وهي الثوابت التي لها كل القدسية والاحترام ، حتى وإن ترك فيها هامش لحرية القاضي في التصرف ، إلا أن ذلك كله نابع من أصول راسخة وتعاليم واضحة، مدعمة بالنصوص الشرعية الإلزامية القطعية ، فلا يصح عندئذ وصفهم فيها بأنها شكلية ، أو أنها غير ثابتة ، أو أنها ليست مقدسة.

ويدل على ما سبق قول الدكتور الفاضل محمد الزحيلي في معرض إثباته عدم قدسية هذه القواعد الشكلية ، عندما قاسها على قواعد أخرى فقال : « وتخرج على مبدأ الاستحسان والاستصلاح أو المصالح المرسلة ، وهذا ما دعا إليه الخليفة العادل أمير المؤمنين عمر بن الخطاب إلى إحداث الأنظمة المتعددة ؛ كإنشاء الديوان لإحصاء الجنود ، وإعطائهم الرواتب والأرزاق ، وتوزيع الغنائم والفيء عليهم ، ثم عمت الدواوين المصالح الأخرى »[1]. فالملاحظ أنه يقصد عدم ورود النصوص في أصول المحاكمات ، حيث إن قواعد العدالة لا تفرضها ولا توجبها ، وإنما هي اجتهادات من الحاكم يحق له أن يغيرها أو يلغيها إذا رأى المصلحة في ذلك .

وليس هذا من ضمن حدود موضوع أصول المحاكمات الشرعية الجزائية إلا في جزء يسير منه كما سيتضح .

ويقودنا هذا إلى بيان حدود موضوع أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، لبيان ما يخرج عن موضوعه ، فيتضح ما يدخل في مضمونه .

فأصول المحاكمات الشرعية الجزائية لها هدف تسعى إليه من خلال وسائل ، ويتضح ذلك بالمثل ؛ فالحالة تفترض حصول جريمة في المجتمع المسلم ، فما هي الإجراءات اللازمة من أجل التعامل مع الجريمة ، وعناصرها ، ومعرفة الفاعلين، والكشف عنهم ، والتحقيق معهم ، وضبط المواد المتعلقة بالجريمة ، وأصول رفع الدعوى الجزائية ضدهم، وتحديد الجهات المختصة في كل ذلك ، وإجراءات المحاكمة، وتنفيذ الأحكام الصادرة بحق المذنبين ، وكيفية التعامل مع الأحكام القضائية اعتراضاً وإعادةً وطعناً وتنفيذاً ، وأثر المخالفة في ذلك كله .

وما عدا ذلك مما ذكر في كتب القضاء وأدبه ليس له علاقة بموضوع بحثنا.

ومن هذه الأمور الخارجة عن موضوع البحث :

١- نظام القضاء ، ويقصد به كيفية اختيار القضاة ، وعزلهم ، ودفع أرزاقهم،

---

(١) (محمد الزحيلي/ أصول المحاكمات الشرعية والمدنية/ ص١٠٠) .

وألفاظ توليتهم ... الخ .

٢- مهام القاضي خارج حدود الدعوى، مثل الإفتاء، والوصاية، والأوقاف، والولاية . فهذه كلها خارجة عن موضوعنا إلا فيما يتعلق بجانب يسير من الإفتاء في مسألة رُفع إليه فيها دعوى ، فيمنع من الإفتاء فيها ، كما سنبين في موضعه إن شاء الله تعالى .

٣- ما يكون الاعتداء فيه واقعاً على حق آدمي محض ؛ كإنكار أمانة أو وديعة، وغيرها من المنازعات المالية ، وبهذا تخرج السرقة .

٤- الصفات والأعمال المرغوبة في القاضي مما لا علاقة له بالدعوى الجزائية؛ كلباس القاضي وعمامته ولونها ، وغيرها من الشكليات التي تخرج عن حدود المحاكمات الجزائية .

٥- ما لا سلطة للقاضي فيه؛ كتأديب الصبيان فحق التأديب للمعلم، وتأديب الزوجة، فالحق فيه لزوجها ، وتأديب الولد ، فإنه لوالده .

٦- الدور الوقائي في علاج الجريمة في الشريعة ، فإنه ليس له مدخل إلى أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ؛ ذلك أن أصول المحاكمات لا تعمل إلا بعد وقوع الجريمة لا قبلها.

وبذا يتضح المراد من أصول المحاكمات الشرعية الجزائية .

الفرع الثاني : التعريفات المقترحة :

لقد وضع الباحثون والدارسون -شرعيون أو غير شرعيين- تعريفات متعددة لأصول المحاكمات الجزائية ، إلا أن أكثر من عني به وبتعريفه هم أساتذة المرافعات القانونية .

وبعد البحث لم أجد من بين هذه التعريفات ما يناسب أصول المحاكمات الشرعية الجزائية. ومع ذلك سنستأنس بآراء وأقوال هؤلاء الباحثين ، للاطلاع على أوجه التوافق مع النظرة الإسلامية لأصول المحاكمات الجزائية .

أولاً : عرف الأستاذ الدكتور محمد الزحيلي أصول المحاكمات بقوله :

« القواعد التي تنظم القضاء والتقاضي » [(١)] .

وعرّفها تعريفاً آخر فقال : « القواعد التي تبحث وتنظم الإجراءات الواجب اتباعها لتطبيق أحكام القانون » [(٢)] .

ويتضح أن التعريفين لم يكونا خاصين بالجزائية من أصول المحاكمات الشرعية ، إلا أنه يمكن الاستفادة منهما .

ثانياً : عرفه آخر بقوله :

« مجموعة القواعد القانونية التي تنظم عمل السلطات العامة في مجال وقوع الجريمة ، ومن ثمَّ تقصي أسبابها ، ودوافعها ، والكشف عن الفاعلين ، ومدى مسؤوليتهم الجزائية عنها ، وتحديد إجراءات محاكمتهم ، وتنفيذ العقوبات أو التدابير المتخذة بحقهم » [(٣)] .

وهذا التعريف تَرِدُ عليه جملة من الملاحظات منها :

أنه لا يتناسب مع أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، وهو لم يُوضع لذلك أصلاً ، وأن التعريف فصَّل الأعمال التي تتطرق إليها أصول المحاكمات الجزائية ، ويقتضي هذا التفصيل عدم ترك ما يتوجب ذكره ، أو أن يجمل فيغنيه عن التفصيل ، فقد ترك ذكر طرق الطعن في الأحكام القضائية ، وهي من أصول المحاكمات بلا شك ، وليست مما يدخل تحت أي تفصيل ذكره التعريف، حيث إن طرق الطعن ترد بعد الانتهاء من الحكم في القضية ، فوجب الإشارة إليها مستقلة .

وفي تأكيد استقلالية طرق الطعن يقول د. محمد الفاضل :

« إن أصول المحاكمات الجزائية تعنى أولاً وقبل كل شيء بتعيين السلطات القضائية المنوط بها أمر النظر في الدعاوى الجزائية وتحديد اختصاصاتها ، ثم هي تعنى

---

(١) (محمد الزحيلي/ أصول المحاكمات الشرعية والمدنية/ ص٩٨) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) (علي محمد جعفر/ مبادئ المحاكمات الجزائية/ ص٦) .

ثانياً بتحديد القواعد والإجراءات التي يجب مراعاتها في البحث عن الجرائم، وجمع أدلتها ، ومحاكمة فاعليها، وهي تعنى بعد ذلك كله ببيان سلطات الأحكام الجزائية ، وآثارها ، وطرق الطعن فيها »[1].

فطرق الطعن ليست من المحاكمة ، وإنما بعد ذلك كله .

ثم إن التعريف تطرق إلى ما لا يدخل في أصول المحاكمات الجزائية عندما قال: «.ومن ثم تقصّي أسبابها ودوافعها » ؛ فهذا مما لا يدخل في أصول المحاكمات ، بل هي من الأمور الفنية التي تمارسها السلطات العامة ، أو السلطات القضائية ، للكشف عن الجريمة ، وليست هذه الأمور الفنية من مشمولات الدراسة .

يقول الدكتور جلال ثروت في هذا :

« موضوع أصول المحاكمات الجزائية هو القاعدة القانونية الإجرائية بالذات ، وبهذا تخرج عن نطاقها القواعد الأخرى التي قد تلقي على القاعدة الإجرائية ضوءاً أو تسهم في نشأتها أو تساعد في رسم نطاقها ، ولكنها بالتأكيد لا تكون موضوع النظام القانوني للإجراءات الجنائية ، وأعني بها قواعد العلوم المساعدة للقانون الجنائي عامة ، وقانون الإجراءات بوجه خاص ، كالقواعد الخاصة بعلم التحقيق الجنائي ، أو علم النفس الجنائي ، أو علم البوليس الفني »[2].

فإدخال « تقصي أسباب الجريمة ودوافعها » يدخل في باب علم التحقيق الجنائي ، فمن أجل الوصول إلى الفاعلين لا بد من معرفة الأسباب والدوافع ومعرفة المستفيد من حصول الجريمة . وهذا ليس من اختصاص أصول المحاكمات الجزائية .

ثالثاً : عرفها البعض بقوله :

« القواعد الشكلية التي تتخذ عند وقوع الجريمة بقصد ضبطها وتحقيقها

---

(١) (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص١٢) .

(٢) (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية/ ص٥) .

والقبض على فاعلها ومحاكمته وتنفيذ العقوبة بحقه ، كما يعنى هذا القانون بتحديد السلطات المختصة بالقيام بهذه الإجراءات ، سواء أكانت سلطات تحقيق أم محاكم »[1].

فقد حدد هذا التعريف شكلية قواعد أصول المحاكمات الجزائية ، وهذا مثار خلاف كما سبق وأشرت عند الكلام على مفهوم أصول المحاكمات الجزائية ، ولذا كان من المناسب ترك هذا الوصف ، لكثرة الخلاف حوله ، ثم هي كلمة موهمة بعدم أهمية هذا العلم .

فالشكل في مسائل أصول المحاكمات الجزائية هام ، وهذا ما لا يدركه البعض ، فناسب عدم وصفها بالشكلية حتى لا توجد وهماً في غير مكانه .

أما قوله : « بقصد ضبطها وتحقيقها » ، فكان الأولى القول : والتحقيق فيها ، لا تحقيقها ؛ فالتحقيق في الجريمة يختلف عن تحقيقها ، فالأول بمعنى إظهار الحقيقة فيها ، والثاني بمعنى تحصيلها .

ثم يتضح خلو هذا التعريف من ذكر طرق الطعن في الأحكام ، وهي كما ذكرت سابقاً لا تدخل تحت أي عنوان مما سبق ذكره في التعريف .

رابعاً : تعريف آخر يقول :

« مجموعة القواعد والإجراءات التي تحكم الدعوى الجزائية من حيث إجراءات مباشرتها منذ لحظة وقوع الجريمة حتى الحكم فيها ، وكذلك الحقوق والواجبات الناشئة عن تلك الإجراءات سواء تعلقت بالادعاء الجزائي ، أو بالادعاء المدني التابع للدعوى الجزائية ، أو بإشكالات التنفيذ »[2].

والملاحظ أن هذا التعريف لم يذكر من مهام هذه الأصول تحديد اختصاص السلطات المنفذة لقواعد هذا القانون ، وهو من أصول المحاكمات الجزائية .

---

(١) (فاروق الكيلاني/ محاضرات في أصول المحاكمات الجزائية/ ص١٥) .

(٢) (ممدوح البحر/ مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني/ ص١٠) .

وقد خلا كذلك من ذكر طرق الطعن في الأحكام القضائية .

كما أنه حدد وقت إعمال هذه القواعد فقال : « منذ لحظة وقوع الجريمة حتى الحكم فيها » ، والطعن يأتي بعد الحكم ، وكذلك إعادة المحاكمة .

كما أنه في تقييد مجموعة القواعد والإجراءات بالدعوى الجزائية تضييقاً لنطاق أصول المحاكمات الجزائية ، وهي أعم من ذلك ؛ لأنها سابقة على الدعوى الجزائية ، بل ولاحقة لها أيضاً ؛ لأن انتهاء الدعوى لا يعني انتهاء العمل بأصول المحاكمات الجزائية .

خامساً : تعريف آخر يقول :

« مجموعة القواعد التي تحكم نشاط السلطة القضائية في كل ما يفيد في نسبة الجريمة إلى محدثها ، والعقاب عليها »[1] .

ويخلو التعريف كسابقيه من ذكر طرق الطعن ، أو شمولها بألفاظ التعريف ، وهي مستقلة كما أسلفنا . ولا يشمل هذا التعريف إعادة المحاكمة ، إذ إنها بعد الحكم .

سادساً : تعريف آخر يقول :

« مجموعة القواعد الواجبة الاتباع في استقصاء الجرائم ، وجمع أدلتها ، والكشف عن فاعليها ، وملاحقتهم ، ومحاكمتهم ، وتنفيذ العقاب بهم ، وتعيين السلطات والأجهزة المختصة في ذلك كله »[2].

وهذا تعريف للقانون لا للعلم ، مع أنه وضع لتعريف العلم ؛ فقوله « واجبة الاتباع » تعني الإلزام ، والإلزام صفة قانونية .

أما القول « في استقصاء الجرائم وجمع أدلتها » فقد نسي ضبط الجرائم ليشمل بذلك التعريف الجرم المشهود ، فالجرم المشهود له قواعد خاصة في أصول المحاكمات

---

(١) (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية/ ص١١) .

(٢) (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص١٢) .

الجزائية ، لا يشملها هذا التعريف ؛ إذ إن الجرم المشهود لا يحتاج إلى الاستقصاء ، بل يحتاج إلى الضبط . فناسب تفصيل الإجراءات ذكر الضابط ، أو أن يجمل فلا يحتاج إلى التفصيل .

والتعريف كذلك لا يتحدث عن طرق الطعن ولا يشملها ، مع أن واضعه ذكر أن الطعن في الأحكام وطرقه من صميم أصول المحاكمات الجزائية[1] .

والملاحظ على التعريفات السابقة جميعها أن أيّاً منها لا يتطرق إلى أثر مخالفة هذه القواعد، مع أنه من صميم أصول المحاكمات الجزائية ، إذ لولاه لما كان لأصول المحاكمات أهمية ، ولكانت شكلاً دون مضمون . فاستلزم الإشارة إلى أثر المخالفة ليتم التعريف .

الفرع الثالث : التعريف المختار ومحترزات قيوده :

أما التعريف الذي أختاره لأصول المحاكمات الشرعية الجزائية فهو كما يلي :

« إجراءات[2] شرعية تحدد اختصاص السلطة القضائية ونشاطها في كل ما يفيد في نسبة الجرائم -التي لله فيها حق- إلى فاعلها ، والحكم عليه ، وطرق الطعن في الحكم ، وإعادة المحاكمة ، وأثر المخالفة في ذلك كله » .

ومحترزات القيود كما يلي :

- أما أنها إجراءات : فتمييزاً لها عن علم العقوبات ، وخروجاً من الخلاف

---

(١) (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص١٢) .

(٢) الإجراءات : من جرى الماء ، أي سال ، وجاراه مجاراة جرى معه ، ومنه جري الفرس ، والماء الجاري هو المتدافع في انحدار أو استواء ، وجريت إلى كذا جرياً وجَرَاءً : قصدت وأسرعت ، يقول تعالى : ﴿ بِسْمِ ٱللَّهِ مَجْرِىٰهَا وَمُرْسَىٰهَآ ﴾ (سورة هود، آية رقم ٤١) . والجري : الوكيل والرسول . انظر (الرازي/ مختار الصحاح/ ص٤٣) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص٩٧) (المطرزي/ المغرب/ ص٨٠، ٨١) .
وقالوا الإجراء : العادة التي يجري عليها الإنسان . انظر (المناوي/ التعاريف/ ص٣٦) .
وأرى أن المقصود من هذه اللفظة له مسيس بالمعنى اللغوي ، فجري الماء إذا جرت اتخذت مسيلاً وطريقاً، وكذلك القضاء يتخذ وسيلة وطريقاً وسبيلاً للوصول إلى الحق . وهذا معنى أصول المحاكمات الجزائية . فهو الطريق الذي يسلكه القضاء للوصول إلى الأحكام العادلة .

حول الشكلية أو الموضوعية في هذه الأصول ، ولأن موضوعنا حول الطرق التي يتم التعامل بواسطتها مع الجريمة منذ لحظة وقوعها إلى الانتهاء بالتنفيذ ، مع بيان طرق الطعن وإعادة المحاكمة . كما لم يتطرق التعريف إلى ذكر كلمة قواعد ؛ لأن للقواعد في الفقه الإسلامي مفهوماً غير الذي يشاع ذكره في أصول المحاكمات الجزائية .

- شرعية : نسبة هذه الإجراءات للشريعة تمييزاً لهذا العنوان عن غيره من الأصول والإجراءات غير الشرعية ، والنسبة إلى الشرع ألزم صفة في هذه الأصول .

- السلطة القضائية : تشمل كل من له دور في تطبيق إجراءات هذا العلم، سواء أكان في ضبط الجريمة ، أو التحقيق فيها ، أو الكشف عن الفاعلين، كما هو حال المحتسب ، أو والي الجرائم ، كما ذكر العلماء وسيأتي في حينه بإذن الله تعالى .

أو كان في الحكم على فاعل الجريمة ، كما هو حال القاضي .

أو كان في تنفيذ الأحكام القضائية ، كما هو حال ولي السجن أو مأمور التنفيذ .

في كل ما يفيد في نسبة الجرائم التي لله فيها حق إلى فاعلها : فإن ذلك يشمل الضبط والتحقيق والكشف عن الفاعلين واستجوابهم وحبسهم ورفعهم للمحكمة المختصة وتوقيفهم من القاضي وغيرها . ويشمل الجرم المتلبس به وغير المتلبس به .

- أما وصف الجرائم بأن لله فيها حقاً : فلأن أصول المحاكمات الشرعية الجزائية موجودة للدفاع عن حقوق الله تعالى على نحو معين . أما الحقوق التي هي خالصة للآدمي فليست من ضمن موضوعنا ، وفي ذلك تمييز للجزائية عن الأصول في الأحكام المدنية .

- وقولي: جرائم ، ولم أقل : حقوق الله تعالى ؛ لأن هناك من الأحكام ما هو حق لله تعالى مع أنها ليست من الجرائم في شيء كالكفارة .

- وقد شمل التعريف تنفيذ الأحكام وطرق الطعن فيها وإعادة المحاكمة ، وأثر مخالفة هذه الأصول .

وأختم هذا الفرع بمواضع ورود العبارات الدالة على أصول المحاكمات

الجزائية في كتب الفقه ، وقد جاءت بأسماء عديدة : منها الأصول مفردةً . ومضافةً، كأصول القضاء ، وأصول الحكم ، وأصول المحاكمة ، وأصول المحاكمات .

أ - يقول ابن عابدين[1] في حاشيته : في باب الاختلاف في الشهادة :

« مبنى هذا الباب على أصول مقررة ؛ منها أن الشهادة على حقوق العباد لا تقبل بلا دعوى بخلاف حقوقه تعالى »[2].

وهذا القول يتناول قضية إجرائية هامة ، وهي أن حق الله تعالى تقبل فيه الشهادة حسبةً ، بخلاف حق الآدميين ، لأن حق الله تعالى لا تشترط فيه الدعوى .

ب - يقول ابن فرحون[3] في تبصرة الحكام :

« لما كان علم القضاء من أجلّ العلوم ... كان الاعتناء بتقرير أصوله وتحرير فصوله من أجلّ ما صرفت له العناية ، وحمدت عقباه في البداية والنهاية»[4].

وهذا يدل على أن للقضاء أصولاً لا بد من تحريرها وتقريرها . وتبصرة الحكام بالتحديد من أدق ما كتب في أصول المحاكمات الشرعية بكل فروعها .

ج - يقول ابن القيم أيضاً بعد أن أورد رسالة سيدنا عمر لأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما: « وهذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول ، وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة ، والحاكم والمفتي أحوج شيء إليه وإلى تأمله والتفقه

---

(١) ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد بن عبد الرحيم بن نجم الدين، ولقب بابن عابدين لاتصال نسبه الشريف بالإمام زين العابدين علي بن الحسين رضي الله عنهم أجمعين . ولد ١١٩٨هـ في دمشق ، وتوفي ١٢٥٢هـ في دمشق ، إمام الحنفية في عصره ، مفسر أصولي ، حفظ القرآن وأتقن القراءات . من مؤلفاته : رد المحتار على الدر المختار ، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ، منحة الخالق حاشية على تفسير البيضاوي. (الزركلي/ الأعلام/ج٦ص٢٦٧) (مقدمة كتاب رد المحتار - الكتب العلمية / إحياء التراث العربي) .

(٢) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٤٩٢) .

(٣) ابن فرحون : برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد بن محمد بن القاسم بن محمد بن فرحون اليعمري المدني ، ويكنى أبا الوفاء ، ولد ٧٢٠هـ ، وتوفي ٧٩٩هـ ، علم من أعلام المالكية ، صاحب تبصرة الحكام، والديباج المذهب ، ودرة الغواص في محاضرة الخواص ، وطبقات علماء المغرب . (حاجي خليفة/ كشف الظنون/ ج١ص ٣٣٩) (البخاري/ أبجد العلوم/ ج٢ص٣٦٣) .

(٤) (ابن فرحون / تبصرة الحكام/ ج١ص١) .

فيه »[1].

د - يقول ابن خلدون[2] في صفات القاضي وما يتوجب عليه فعله :

« وأما المرافعات فيبحث عن صحتها سراً ويعمل بمقتضاها »[3].

هـ - يقول الشيخ علي حيدر[4] : « كما أنه يلزم إعطاء نسخة من الإعلام إلى المحكوم عليه حتى يقف على كيفية المحاكمة والحكم ، وليتمكن من عرض الحكم المذكور على الفقهاء ليعلم إذا كان الحكم موافقاً لأحكام الشرع وأصول المحاكمة أو لم يكن موافقاً ، وليتمكن من استئناف أو تمييز الحكم إذا رغب في ذلك »[5].

و - ورد في المادة ١٧٩٣ من مواد مجلة الأحكام العدلية :

« ينبغي أن يكون القاضي واقفاً على المسائل الفقهية وعلى أصول المحاكمات ، ومقتدراً على فصل وحسم الدعاوى الواقعة تطبيقاً لهما » .

ويقول الشيخ علي حيدر في شرحها : « وينبغي أن يكون القاضي واقفاً على المسائل الشرعية والفروع الفقهية وعلى أصول المحاكمات »[6].

---

(١) (ابن قيم الجوزية/ إعلام الموقعين/ ج١ ص٨٦) .

(٢) ابن خلدون : ولي الدين أبو زيد عبد الرحمن بن محمد بن محمد بن الحسن الحضرمي الإشبيلي المالكي المعروف بابن خلدون ، ولد ٧٣٢هـ بمدينة تونس ونشأ بها ، وطلب العلم وقرأ القرآن على عبد الله ابن سعد بن نزال ، برع في العلوم ومهر في الأدب وولي كتابة السر بمدينة فاس ، ثم اعتقل نحو عامين، وولي قضاء المالكية بالقاهرة. صنف التاريخ الكبير ، توفي ٨٠٨هـ . (العكري/ شذرات الذهب/ ج٤ ص٧٧) .

(٣) (ابن خلدون/ مزيل الملام/ ص١٩) .

(٤) علي حيدر ، ت ١٣٥٣هـ ، فقيه حنفي كان الرئيس الأول لمحكمة التمييز ، وأمين الفتيا ، ووزير العدلية في الدولة العثمانية ، ومدرس مجلة الأحكام العدلية بمدرسة الحقوق بالأستانة ، من مصنفاته : درر الحكام شرح مجلة الأحكام . (مقدمة درر الحكام) .

(٥) (علي حيدر/ درر الحكام شرح مجلة الأحكام/ ج٤ ص٦٦٢) .

(٦) (علي حيدر/ درر الحكام شرح مجلة الأحكام/ ج٤ ص٥٨٣) .

وأورد كلمة أصول المحاكمات في أكثر من موضع . انظر (ج١ ص٣٣٦) (ج٤ ص٥٧٩) (ج٤ ص٦٧٦).

المبحث الثاني

الألفاظ ذات الصلة بأصول المحاكمات الشرعية الجزائية

بعد أن تحدد مفهوم أصول المحاكمات الشرعية الجزائية كان لزاماً بيان الفرق بين هذا المفهوم وغيره من المصطلحات التي لها صلة بهذا العلم .

وقد أفردت لكل مصطلح منها مطلباً ، فجاءت على النحو التالي :

المطلب الأول : أصول المحاكمات الشرعية في المعاملات والأحوال الشخصية .

المطلب الثاني : علم العقوبات الشرعية .

المطلب الثالث : علم الشروط والوثائق .

المطلب الرابع : نظام القضاء وأدب القضاء وعلم القضاء .

وجاء تفصيلها على النحو التالي :

المطلب الأول

أصول المحاكمات الشرعية في المعاملات والأحوال الشخصية

يعتقد بعض من بحث في أصول المحاكمات[1] أن أصول المحاكمات المدنية لا تختلف عن أصول المحاكمات الجزائية أو عن أصول المحاكمات في الأحوال الشخصية.

ويرجع السبب في ذلك إلى وجود العديد من نقاط الالتقاء بين قواعد العلمين، مما يجعل الناظر يظن أن أصلهما واحدٌ ، بل يعتقد البعض أن المدنية أصلٌ للكل ، وقد يكون السبب في حصول هذا الظن كون أصول المحاكمات المدنية سابقة

---

(١) انظر (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص١٥) (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية / ص٦٥) .

في نشوئها وتقنينها على الأخرى .

والفقهاء يطلقون على أصول المحاكمات المدنية وأصول المحاكمات الجزائية وأصول محاكمات الأحوال الشخصية لفظة المرافعات[1] ، فتجد أصول المحاكمات الجزائية مبثوثة هنا وهناك ، وفي كل باب من الأبواب التي يذكرون فيها المرافعات يخصون الحدود والعقوبات والقصاص والتعزيرات بأحكام خاصة تختلف عن المدنية وعن الأحوال الشخصية .

ولا تزال هذه الكلمة مستخدمة إلى الآن في عدد من الدول العربية[2] ، وتخص بها أصول المحاكمات المدنية ليس إلاّ .

---

(١) المرافعات : من رفع الأمر ، ورافعت فلاناً إلى الحاكم ، وترافعا إليه ، ورفعه إلى الحاكم رفعاً ورُفعاناً ورفعاناً : قرّبه منه وقدمه إليه ليحاكمه . ورفعت قصّتي : قدمتها . والمرافعة مصدر زافع ، أي خَصَمَهُ إلى السلطان ، أي رفع كل واحد منهما صاحبه إليه ، بمعنى قرّبه . انظر (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ ص١٣٠) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص٢٣٢، ٢٣٣) (المطرزي/ المغرب/ ص١٩٤،١٩٣) .

وفي حديث صفوان بن أمية في إخباره عن سارق ردائه قال : « فرفعناه إلى النبي ﷺ » ، كما في رواية أحمد ، وهي أقدم لفظة بهذا المعنى .

(النسائي/ كتاب قطع السارق/ ج٤٨٧٨/ بلفظ : فرفعه إلى النبي ﷺ) (أحمد/ عن صفوان بن أمية/ ح ١٤٨٨١، ١٤٨٨٦، ٢٧٠٩٧) ، وأورد لفظة المرافعة الإمام مالك في (الموطأ/ الطلاق/ باب أجل الذي لا يمس امرأته/ ح١٢٤٢) .

وفي سنن الترمذي أوردها الإمام الترمذي عقب حديثين (الحدود/ ح١٤٣٧/ قالوا : إذا اختصم أهل الكتاب وترافعوا إلى حكام المسلمين ...) (الحدود/ ح١٤٤٠/ قال بعضهم يرفع إلى السلطان ...) .

واستخدم لفظة المرافعات جملة من الفقهاء ، بل جلهم ، ومن ذلك على سبيل المثال : (السرخسي/ المبسوط/ ج٥ ص١٣، ٣٨) (السرخسي/ شرح السير الكبير/ ج٥ص١٨٢٢) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٢ص٣١١) (ج٦ص١٢) (ابن قدامة/ المغني/ ج٨ص١٦١) (المحقق الحلي/ شرائع الإسلام/ ج٣ ص٤٩) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٢ص١٧١) (الزركشي/ المنثور / ج٢ ص١٤٠) (المرتضى/ البحر الزخار/ ج٥ص٢٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٦٩) (ابن خلدون/ مزيل الملام/ ص١٩) (حطاب/ مواهب الجليل / ج٣ص٢٨٣) (قليوبي وعميرة / حاشية قليوبي وعميرة/ ج٣ ص٢٧٠) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٥ص٢٧٩) (الصنعاني/ التاج المذهب/ ج٤ص٣٩٤) وغيرها كثير .

(٢) انظر : (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص١٥) .

فالفروق القائمة بين فروع أصول المحاكمات كانت وليدة قرون طويلة من التطور التشريعي العالمي . والادعاء بأن فقهاء الشريعة الأقدمين لم يميزوا بين الإجراءات المدنية والجزائية والأحوال الشخصية غير صحيح ، ومن ذلك قول د. جلال ثروت : « خضعت مصر فترةً في قضائها الجنائي والمدني لأحكام الشريعة الغراء ، ولم يكن فقهاء الشريعة يميزون بين الإجراءات المدنية والإجراءات الجنائية ، ومن أجل هذا لم يكن لقانون الإجراءات الجنائية ذاتية مستقلة عن قانون المرافعات المدنية ، ومع ذلك فقد كانت هناك بعض النظم الخاصة بالمسائل الجنائية ؛ كنظام المحتسبين وقضاة المظالم ، وإن كانت هذه النظم لا تخضع لقواعد ثابتة وإنما متروكة في أغلب الأحيان لتقرير الحكام وأهوائهم ، مما دفع البعض منهم في أواخر عصر الإمبراطورية العثمانية وحكم المماليك إلى مباشرة إجراءات استبدادية مطلقة »[1].

ويمكن الرد على هذه المقولة بما يلي :

١ - إن عدم التمييز الذي قد ينسب إلى علماء الشريعة إنما هو عدم الفصل بين فروع أصول المحاكمات ، من مدنية وجزائية وأحوال شخصية ، أما حقيقة التمييز فموجودة قبل الدولة العثمانية وقبل المماليك .

فقد وضع الفقهاء للدعوى الجزائية ضوابط خاصة لا تسري عليها غيرها، والمطلع على كتب الفقهاء وأدب القضاء يلمس بوضوح هذا التمييز ، فبعد كل مسألة لها تعلق بأصول المحاكمات الجزائية تجدهم ينصّون على أن هذا الحكم لا ينطبق إلا على الحدود أو على الجنايات ، وأن هذا الحكم لا ينطبق إلا على التعاملات المالية ، وهكذا ، فلو راجعنا قواعد النقض والإبرام للأحكام القضائية وإعادة المحاكمة والقبض والحبس وغيرها لوجدناهم يفرقون في كل مفصل من مفاصل الإجراءات بين الحدود وغيرها من أحكام مالية أو أحوال شخصية ، وكذلك الحال في القواعد التي تمس الأحوال الشخصية ، فإنها مبثوثة ضمن علم

(١) (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية/ ص٦٥) .

المرافعات ، ولكن كان الفقهاء على علم أن لهذه الأحكام سمة خاصة ، فيستثنونها تارة ويشملونها تارة أخرى .

فحقيقة التمييز حاصلة موجودة ، أما صورته في الظاهر فلم تكن موجودة ، وهذا هو شأن كل القوانين .

يقول د. محمد الفاضل : « فالدعوى الجزائية والمدنية كانتا في البدء مندمجتين ولم تستقل قواعد الإجراءات في كل منهما عن الأخرى إلا بعد عصور مديدة » [1].

ومن أهداف هذه الدراسة إبراز التميّز الذي تتمتع به أصول المحاكمات الشرعية الجزائية.

٢ - أما قول الدكتور بأن نظام الحسبة أو نظام المظالم لا يخضع لقواعد ثابتة ، وإنما ترك لتقدير الحكام وأهوائهم ؛ فهذا يظهر النقص في التطبيق لا النقص في أصل التشريع، وأرى أن هذا ما أراده القائل ، إلا أنه لم يبينه بشكل واضح ، إذ إن نظام الحسبة ونظام المظالم سبق المسلمون غيرهم فيهما على طريق تحقيق العدل بين الناس، وقد بحثها العلماء في كتب خاصة وأحاطوها بالعناية الفائقة ، وأصبحا عنواناً على إحقاق الحق وإبطال الباطل .

وكذلك حديث الدكتور عن الاستبداد المطلق ، فيتوهم السامع أن السبب المؤدي إلى هذا الاستبداد هو خلل في نظام الحسبة و المظالم ، وهذا لا يخفى عدم دقته .

فالأساس في مثل هذه القواعد القانونية من يطبقها ، ومن يتعامل معها ، فحتى أعظم قانون على وجه الأرض إذا وضع بيد من لا يراه عظيماً فلا بد أن يظلم ويجور .

وإتماماً لما سبق أبدأ بذكر مدى الاتفاق والافتراق بين فروع أصول المحاكمات ، وأبدأ بذكر أوجه الاتفاق بين هذه العلوم .

---

(١) (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص١٦) .

١) إن كل هذه الفروع تنبع من أصل واحد وهو النظرية العامة لأصول المحاكمات بفروعها المتعددة: أ - الشرعي الجزائي ب - الشرعي المدني ج- الشرعي للأحوال الشخصية.

وتنسحب أحكام النظرية العامة على كافة الأعمال الإجرائية بمختلف أنواعها، ذلك أن هناك أفكاراً عامة مشتركة بين سائر الإجراءات[١] ، ولا يمكن أن تختلف لمجرد أن الإجراء فيها جنائي أو مدني أو أحوال شخصية .

ووحدة أصل هذه الفروع يعين في استخلاص قواعد لأحد هذه الفروع من الفروع الأخرى ، كما هو الحال بين الجزائية والمدنية ، فإن عدداً من المسائل الواردة في الجزائيات يمكن استنتاجها واستخلاصها من القواعد الواردة عند الفقهاء في أحكام التعاملات المالية .

ومن أمثلة هذه الأمور المشتركة : المساواة بين الخصوم ، حجية الأحكام القضائية ، وحفظ هيبة المجلس، ومبدأ التقاضي على أكثر من درجة، وضمان حق الدفاع أصالة أو وكالة.

٢) إن كل فرع من فروع النظرية العامة لأصول المحاكمات ينظر إليه على أساس أنه جملة الأصول الإجرائية اللازمة لتطبيق قواعد العلم الذي يختص به[٢] .

فالجزائي قواعد إجرائية لازمة لقواعد فقه العقوبات .

والمدني قواعد إجرائية لازمة لقواعد فقه المعاملات المالية .

والشرعي للأحوال الشخصية قواعد إجرائية لازمة لقواعد فقه الأحوال الشخصية .

---

(١) انظر : (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص٤٠،٣٩) (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية / ص٦) .

(٢) انظر : (علي محمد جعفر/ مبادئ المحاكمات الجزائية/ ص٨) (ممدوح البحر/ مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني/ ص١٢) (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص٣٩) .

أما أوجه الفرق بينها فكثيرة ، ومنها :

١) خطورة الجزائية بالمقارنة مع المدنية أو الأحوال الشخصية .

وتتمثل الخطورة في عدة أمور : أهمها وأولها أن الجزائية تتعلق بجرائم تمس دين الناس ودماءهم وأرواحهم وأعراضهم وأموالهم.

« وأهم قواعد الشرائع حماية الدماء من الاعتداء وحياطته بالقصاص كفّاً وردعاً للظالمين والجائرين ، وهذا من القواعد التي لا تخلو عنها الشرائع والأصول التي لا تختلف فيها الملل»[١].

وقد سبق وأن أشرت إلى خطورة الجزائيات في معرض الحديث عن مفهوم أصول المحاكمات الشرعية الجزائية . وسيأتي ذكر ذلك أيضاً في المبحث القادم المعنون بـ (أهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية) .

والخطورة تكمن أيضاً -زيادة على ما سبق- في الإجراءات المتخذة بحق المشتبه فيه ، وحق المتهم ، والإجراءات المتخذة في محاكمتهم .

والخطورة تكمن كذلك في خطورة العقوبات المترتبة على هذه الأفعال ؛ فلربما آل الحكم فيها إلى إهدار حرية الفرد وكرامته ، بل وحياته أحياناً[٢] .

يقول فضيلة الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين في معرض حديثه عن أهمية الجزائيات ما نصه :

« فهذه الأمور عظمية الخطر ، حيث إنها توقع على النفس ، والفائت فيها لا يعوض ، والخطأ فيها لا يستدرك ، فوجب الاحتياط في إثباتها واستيفائها » [٣].

أما أصول المحاكمات المدنية فتدور حول أمور أقل خطورة من الجزائية ؛ إذ إنها تدور في أغلب الأحيان حول نزاع مالي ، ولا يؤول كل ذلك إلى أكثر من

---

(١) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٢ص٨٨) .

(٢) انظر : (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص٤٣) .

(٣) (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص١٠٨) .

الانتقاص من ثروة الخصوم المادية[1] .

ونتج عن هذا الاختلاف في مسألة الخطورة أحكام وقواعد خاصة بكل علم ؛ فإن العلماء ذكروا تفصيلات متعددة ومختلفة ، تتعدد وتختلف تبعاً للخطورة الناتجة عن المسألة ؛ لأن عدم مراعاة الخطورة الناتجة عن هذه الفروع سيؤدي إلى الظلم والجور في كثير من الأحكام.

٢) إن كثيراً من الإجراءات والقواعد في أصول المحاكمات تختلف باختلاف الفرع الذي تتبعه ؛ فالجزائية تجد فيها حكماً ، وفي المدنية حكماً آخر ، وكذلك في الأحوال الشخصية .

ومن هذه الإجراءات :

أ- أن الشهادة في الجزائية تقبل بلا دعوى ، بل إن بعض العلماء لم يسمع الدعوى في حقوق الله تعالى خاصةً ، وكذا في بعض مسائل الأحوال الشخصية، وجعلوا طريق تحصيل الحق فيها الشهادةَ حسبةً لله تعالى[2] . نظراً لجسامة الجريمة الواقعة على حق الله تعالى . وأما في المدنية فإن هذه الشهادة لا تقبل ، ولا بد فيها من الادعاء .

ب- أن الجزائية لا تسقط الدعوى فيها بإسقاط صاحب الحق من البشر[3] ،

---

(١) انظر : (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص٤٣) .

(٢) انظر (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٤٩٢) (الخطيب/ شرح الخطيب على متن أبي شجاع/ ج٤ص٤٤٧، ٤٤٨) (ابن حجر الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص٢٣٧، ٢٣٨، ٢٣٩) (جلال الدين المحلي/ شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين/ ج٤ص٣٢٣، ٣٢٤) (ابن تيمية/ السياسة الشرعية/ ص٥٥) (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٨ ٣٤٠) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٢٠٣) (منلاخسرو/ درر الحكام/ ج٢ص٣٨٤) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص١٧٤) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٣٦١، ٣٨٨) .

(٣) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٢) (الإمام مالك/ المدونة/ ج٤ص٥٥٤، ٥٥٥) (الشافعي/ الأم/ ج٦ص١٦٥) (الشافعي/ أحكام القرآن/ ج١ص٣١٦،٣١٥) (ابن حزم/ المحلى/ ج١١ص١٨٠) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٩٥) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١٠ص٦) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٤٣١) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٢ ص١٨٦).

لا بعفو ولا بصلح ، ولا بتدخل الإمام ، ولا بشفاعة ، إذا كانت من الحدود ، حتى في القصاص والذي تعتبر الجريمة الموجبة له من أخطر الجرائم ، فإن عفو ولي الدم عن الجاني لا يسقط العقاب بالكامل ، بل يبقى للإمام حق في التعزير في رأي جمهور العلماء[1] .

ذلك أن كل جريمة في الجزائيات يكون لله فيها حق ، سواء أكان حق الله هو الغالب أم كان حق الآدمي هو الغالب .

أما المدنية وبعضٌ من الأحوال الشخصية ، فإنها مما تسقط الدعوى فيه بالعفو أو الإبراء أو الصلح ، إذ إن الحقوق فيها للعبد ، ولا يوجد حق مباشر للأمة فيها ، وما شرع التخاصم فيها إلا حفاظاً على حق العبد ، فإذا أسقط العبد حقه زالت الحكمة من الإذن بالتخاصم وطلب إيقاع العقوبة، أو التعويض . ويجوز للإمام أن يعفو ، وذلك بشروط معلومة منضبطة .

والدليل على هذا قول رسول الله ﷺ فيما يرويه عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أنه قال : « تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني من حد فقد وجب »[2]. فالأمر من رسول الله ﷺ بتعافي الحدود قبل بلوغ الإمام دلّ على عدم جواز التعافي بعده؛ لأنه صار حقاً لله تعالى.

---

(١) يرى هذا الرأي كل من الحنفية والمالكية ، وهو قول عند الشافعية وقول عند الحنابلة . ويقابله قول عند الشافعية وآخر عند الحنابلة .
انظر (الشافعي/ الأم/ ج٧ص٣٤٩) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٢٩٨، ٣٢٢، ٣٢٣) (الإمام العز/ قواعد الأحكام / ج١ص١٩٥) (الكافي/ إحكام الأحكام/ ص٢٧٩) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٥٨) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ص١٦٥) (الهيتمي/ تحفة المحتاج / ج٩ ص١٨٠، ١٨١) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٥ص٥٢٦) .
لمزيد من التفصيل انظر : (أسامة الفقير/ رسالة الظروف المخففة/ ص٧٤) .

(٢) (النسائي/ قطع السارق/ باب ما يكون حرزاً وما لا يكون/ ح٤٨٨٥/ ٤٨٨٦) (أبو داود/ الحدود/ باب العفو عن الحدود ما لم تبلغ السلطان/ ح٤٣٧٦) . وتعافوا : رويت بتشديد الفاء وتخفيفها .

أما حقوق العباد ، فالحال فيها مختلف ؛ إذ يجوز الإسقاط قبل بلوغ الإمام وبعده ، ومنه قول رسول الله ﷺ في قصة صفوان بن أمية عندما أراد العفو عن سارق ردائه : « هلا كان قبل أن تأتيني به ، أيما حدٌ بلغني فقد وجب»[١].

ودل الحديث على أن المانع من قبول العفو هو بلوغه الإمام ، وإلا فلو كان قبله لجاز .

والحال مختلف في المدنية والأحوال الشخصية باتفاق العلماء[٢] .

٣) إن الجزائيات فيها حق لله تعالى ، سواء تمحض ذلك الحق أم لم يتمحض ، أما الأحوال الشخصية ، فمنها ما هو حق لله ، ومنها ما هو حق للعباد ، أما المدنية فالحق فيها متمحض للعباد .

يقول الإمام ابن نجيم[٣] في كلامه عن الحدود : « فهي من حقوق الله تعالى ؛ لأنها شرعت لمصلحة تعود إلى كافة الناس ، فكان حكمها الأصلي الانزجار مما يتضرر به العباد وصيانة دار الإسلام عن الفساد »[٤].

---

(١) (أبوداود/ الحدود/ باب من سرق من حرز/ ح٤٢٢٩) (النسائي/ الحدود/ باب الرجل يتجاوز للسارق عن سرقته/ ح٤٨٨٢) (ابن ماجه/ الحدود/ باب من سرق من حرز/ ح٢٥٩٥) (موطأ مالك/ الحدود/ باب ترك الشفاعة للسارق إذا بلغ السلطان/ ح١٥٧٩) (الدارمي/ الحدود/ باب السارق يوهب منه السرقة بعدما سرق/ ح ٢٢٩٩) (أحمد/ عن عبدالله بن صفوان/ ح١٤٨٧٩، ح٢٧٠٩٠، ٢٧٠٩٢، ٢٧٠٩٣، ٢٧٠٩٧) .

(٢) انظر : (مالك/ المدونة/ ج٤ص٥٥٤، ٥٥٥) (الشافعي/ الأم/ ج٦ص١٦٥) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٩٥).

(٣) ابن نجيم : زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن أبي بكر ، وابن نجيم اسم لبعض أجداده ، ولد ٩٢٦ هـ، وتوفي ٩٧٠هـ بالقاهرة ، من مؤلفاته : الأشباه والنظائر ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، مشكاة الأنوار (في أصول الفقه) ، مختصر التحرير ، الفوائد الزينية (في الضوابط والاستثناءات) .
(الحموي/ مقدمة كتاب غمز عيون البصائر/ دار الكتب العلمية) (فريد بك/ تاريخ الدولة العثمانية/ ص٥٤٩) (العكري/ شذرات الذهب/ ج٤ص٣٥٨) (حاجي خليفة/ كشف الظنون/ ج١ ص٩٨) .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٢) .

ومنه قول الإمام ابن تيمية[1] : « فالحكم بين الناس يكون في الحدود والحقوق، وهما قسمان ؛ فالقسم الأول : الحدود والحقوق التي ليست لقوم معينين بل منفعتها لمطلق المسلمين أو نوع منهم وكلهم محتاج إليها»[2].

ويستتبع الاختلاف بين ما هو حق لله تعالى وما هو حق للعبد جملة من الأحكام :

الأول- أن الأفراد خارج دائرة الخصومة في الجزائيات لهم في أغلب هذه الجرائم المباشرة في رفع الشكاية والإشهاد عليها بلا دعوى من صاحب الحق فيها ، فصارت دائرة الخصومة فيها أوسع وأشمل من تلك التي في المدنية أو الأحوال الشخصية .

الثاني- أن الجزائية لا بد في استيفائها من الرفع للإمام . يقول ابن فرحون:

« فالحدود تفتقر إلى حكم حاكم ، وإن كانت مقاديرها معلومة ؛ لأن تفويضها لجميع الناس يؤدي إلى الفتن والشحناء والقتل وفساد الأنفس والأموال ، وكذلك التعزيرات ؛ لأنها تفتقر إلى تحرير الجناية وحال الجاني والمجني عليه ، فلا بد فيها من الحاكم ، وكذلك ما جرى هذا المجرى كاستيفاء القصاص وكثير من الأحكام يطول تتبعها »[3].

---

(١) ابن تيمية : أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن تيمية الحراني الدمشقي الحنبلي ، ولد في حران ٦٦١هـ ، وتوفي في دمشق ٧٢٨هـ ، إمام مجتهد فقيه أصولي محدّث مفسر واعظ خطيب ، من مؤلفاته اقتضاء الصراط المستقيم ، فتاوى ابن تيمية ، الجواب الصحيح لمن بدل دين المسيح ، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية . (الذهبي/ المعين في طبقات المحدثين/ ص٢٣٧) (صديق البخاري/ أبجد العلوم/ ج١ص٣٥٨) (السيوطي/ طبقات الحفاظ/ ص٥٢٠) .

(٢) (ابن تيمية/ السياسة الشرعية/ ص٥٥) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١١٢) .

بل إن استيفاء الحق دون الرفع فيها للإمام فيه الإثم وفيه التعزير[1] ، ويسمى ذلك بالافتئات على الإمام .

أما المدنية ، فإنه متى ظفر العبد بحقه فله أن يأخذه وفق شرائط محددة ، ويسمى ذلك بالظفر بالحق[2] .

فالظفر في الجزائيات ممنوع ، وهو مسموح في التعاملات المالية ، على خلاف بين العلماء في تفصيلات ذلك ، وسيأتي ذكرها فيما بعد إن شاء الله تعالى .

والسبب في هذا التفريق كما يقول فضيلة الدكتور محمد نعيم ياسين :

« ١- خطورة الجزائيات ، فوجب الاحتياط فيها إثباتاً واستيفاءً ووجب الرفع للإمام .

٢- أن في الإذن للناس بأخذ حقهم بأيديهم ذريعة لتعدي بعض الناس على بعض ثم ادعائهم بأنهم يستوفون حقوقهم ، فيؤدي للفتنة والظلم والفساد .

٣- أن كثيراً من العقوبات لا تنضبط إلا بحضرة الإمام ، سواء في مقدارها أو في شدة وقعها وإيلامها .

٤- أن العقوبات يقصد منها الزجر ، وهذا لا يتحقق إلا بواسطة الحاكم والقيام به من قبله »[3] .

---

(١) انظر : (مالك/ المدونة/ ج٤ص٦٠٧) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٩٣) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٥ص٦٦٢) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٢٩١) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص٤٨٥) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٨٩) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٢ص٢٥٤) (داماد/ مجمع الأنهر/ ج٢ص٦٣٢) .

(٢) انظر : (الشافعي/ الأم/ ج٢ص٤٢٧) (السرخسي/ المبسوط/ ج١١ص١٠٧) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ص١٧٦) (المحقق الحلي/ شرائع الإسلام/ ج٤ص١٠٠) (الزركشي/ المنثور/ ج١ ص٣٥٦) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٧ ص٢٩٢) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص٢٨١) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٣٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩٢) (ابن عابدين/ تنقيح الفتاوى الحامدية/ ج٢ص٢٢٣) (اطفيش/ شرح النيل وشفاء الغليل/ ج٩ص٢٠٥) .

(٣) (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص١٠٨) .

ومما يلحق بهذا من أحكام ، أن التحكيم يمنع في الجزائية دون المدنية ؛ لأن السلطة في الجزائية للإمام وليست للأفراد[1] .

كل ما سبق يؤكد أن أطراف الدعوى والخصومة في الجزائية تختلف عنها في المدنية والأحوال الشخصية ، ففي الأخيرة يكون طرف الدعوى والخصومة المتضرر ، في مقابلة المسؤول عن الضرر .

أما في الجزائية فالمتهم من جهة والمجتمع كاملاً من جهة أخرى دفاعاً عن حق الله تعالى ، وهذا منطبق حتى في الجرائم التي يغلب فيها حق الآدمي .

٤) اختلافها من حيث الهدف ؛ فهدف الجزائية هو استيفاء حق الله تعالى وحق المجتمع في معاقبة الجاني ، أما المدنية والأحوال الشخصية فهدفها في الأغلب رفع الضرر عن المتضرر ، أو بعبارة أخرى : حماية مصالح خاصة للخصوم[2] .

فالهدف في الجزائية حق عموم الأمة ، والهدف في المدنية والأحوال الشخصية حق الأفراد.

وإذا أردنا أن نعرف الأهم من بين العلمين فيكفي أن ننظر إلى الحق الذي يحميه كل من العلمين ، ونعلم عندها أهمية الجزائية .

٥) ويمكن التفريق بينها كذلك في دور القاضي ؛ إذ إن القاضي في الجزائية له دور أكبر؛ لأنه يدافع عن حق الله تعالى ، أما المدنية فليست له هذه

---

(١) انظر : (الباجي/ المنتقى شرح الموطأ/ ج٥ص٢٢٨) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص١١١) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٢ص١٢٤/ ١٢٥) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٣٧) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ ص١٩٣) (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٥ص٦٠) (البابرتي/ العناية / ج٧ص٣١٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٦٢،٢٠) (المرتضى/ البحر الزخار/ ج٦ص١١٤) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٧ ص٣١٨) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص ١٩٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص٢٦،٢٥) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٢٦٧) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص١٣٦) .

(٢) انظر : (عبد الرحمن عياد/ أصول علم القضاء/ ص٧) (علي محمد جعفر/ مبادئ المحاكمات الجزائية/ ص٩) (ممدوح البحر/ مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية/ ص١٣) (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية / ص١٥) .

الحرية أو هذا الدور ، فإنه مقيد بحدود الدعوى التي رفعت إليه ، فلا يملك تقرير ما لا يطلبه المتضرر[1] .

٦) ومن الفروق بين فروع أصول المحاكمات الثلاثة ، مدى النظر إلى شخص المتهم وشخص المدعي . يقول الدكتور محمد الفاضل:

« فالدعوى المدنية يمكن أن تسير وأن يبتّ فيها ، وتبلغ الغاية من إقامتها في ضوء الأسباب والإثباتات والأدلة المنطقية الصرفة التي يدلي بها المتقاضون ، دون أن يعبأ القاضي بأشخاصهم أو يعيرهم أي التفات ، وإنما يحصر همّه في موضوع النزاع وفي المصالح المتضاربة فيه . والأمر على خلاف ذلك في الدعوى الجزائية ؛ ففي هذه الدعوى ينظر القاضي إلى الإنسان المتهم أكثر ما ينظر إلى الجريمة بشكلها الصوري الخارجي ، فهو يحاكم الذات الإنسانية في نمط معين من أنماط سلوكها ، وهو بالتالي لا يستطيع فصل الدعوى الجزائية ما لم يدرس - فضلاً عن الوقائع والبينات- شخصية المتهم ، ويحدد بعد ذلك مقدار خطورته الإجرامية ، ثم يختار على ضوء ذلك العقوبة المناسبة »[2] .

المطلب الثاني
علم العقوبات الشرعية

العلاقة بين أصول المحاكمات الشرعية الجزائية وعلم العقوبات الشرعية شديدة الصلة. والذي يجمعهما في أصل واحد هو القواعد الجزائية أو علم الجزاء ، والذي ينقسم بدوره إلى قسمين :

١ - قواعد العقوبات الشرعية .
٢ - قواعد أصول المحاكمات الشرعية الجزائية .

---
(١) انظر : (سليمان عبد المنعم/ أصول الإجراءات الجزائية/ ص١٥٥) .
(٢) (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص١٥، ١٦) .

ويطلق البعض على القسم الأول : القواعد الموضوعية، وعلى الثاني : القواعد الشكلية، وقد تمّ بحث مدى الشكلية والموضوعية عند التطرق إلى مفهوم أصول المحاكمات الشرعية الجزائية[1] .

فلكل من العلمين مميزات خاصة به تجعله مختلفاً عن غيره ، مستقلاً بذاته .

أما مواضع الاختلاف بينهما فهي كما يلي :

١) أن قواعد العقوبات مختصة بوضع جزاء لكل فعل من الأفعال المحظورة شرعاً ، سواء تحددت هذه العقوبة بالنص الشرعي ، أو بالتحديد من قبل ولي الأمر، كما في التعزير .

أما قواعد أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، فمختصة بتطبيق هذه القواعد زماناً ومكاناً وأشخاصاً وكيفية واختصاصاً .

وبذا أصبح لكل واحد منهما مجالاً خاصاً به ، لا يتعدّاه إلى غيره ؛ فمجموعة القواعد القانونية التي تبين الأحوال التي ينشأ فيها للأمة حق العقاب عند ارتكاب الجريمة أو ينقضي فيها ذلك الحق أو يعدل ، تسمى بالعقوبات . ومجموعة القواعد التي تحدد نشاط السلطة القضائية في المسائل الجزائية وجهات الاختصاص في كل ما يفيد في نسبة الجرائم إلى أصحابها ، والحكم عليهم ، وتنفيذ الحكم ، وطرق الطعن في الحكم ، وإعادة المحاكمة ، وأثر المخالفة في ذلك كله ، هذا ما يعرف بأصول المحاكمات الجزائية .

٢) أن قواعد وأحكام أصول المحاكمات الجزائية هي التي تجعل قواعد العقوبات ممكنة التطبيق ؛ فالنصوص والأحكام التي ينطوي عليها قانون العقوبات لا سبيل إلى تطبيقها ووضعها موضع العمل إلا بوساطة دعوى ترفع أمام المرجع القضائي المختص[2] .

---

(١) انظر (المبحث الأول/ من الفصل الأول / المطلب الثاني/ ص٣٧) .

(٢) انظر : (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص١٧، ١٨) (فاروق الكيلاني/ محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية/ ص١٦، ١٧) .

٣) أن قواعد العقوبات هدفها حماية المجتمع من الإجرام ، وصيانة أمنه وحماية نظامه ، وهو بالتالي ضد الأفراد المجرمين .

أما أصول المحاكمات الجزائية فهي في أغلبها تحمي مصالح الأفراد الذين يتهمون باقتراف جريمة ما .

أي أن التوجه العام في أصول المحاكمات الشرعية الجزائية هو أن لا يتهم إلا المتهم ؛ وهو من قامت القرائن على إمكانية وقوع الجريمة منه ، أما في العقوبات فالمقصود بيان عقوبة من يفعل الأفعال المذكورة في أصوله وأحكامه .

ولذا يسمي البعض قانون العقوبات بقانون المجرمين ، وقانون أصول المحاكمات بقانون الشرفاء[١] .

٤) ومن الفوارق بينهما : أن قواعد أصول المحاكمات الجزائية فورية التطبيق ، وليست كذلك قواعد العقوبات .

ففي حالة حصول جريمة فإن أولى القواعد تطبيقاً لإحقاق الحق هي قواعد أصول المحاكمات الجزائية ، بينما تحتاج قواعد العقوبات إلى وقت من أجل أن يصار إلى تطبيقها .

وحتى في حالة حصول الجريمة في مجلس القضاء وأمام القاضي ، فإنه يجوز للقاضي أن يوقع عقوبة عليه ، ولكن مع ذلك لا بد من إجراءات لذلك، كإثبات الواقعة بالشهود في محضر الجلسة ، ويصدر بعدها الحكم عليه فيها .

---

(١) انظر : (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص٢٠) .

المطلب الثالث
علم الشروط والوثائق[1]

يتضح الفرق بين علم أصول المحاكمات الشرعية الجزائية وبين علم الشروط والوثائق ، بذكر تعريف علم الشروط ؛ فقد عُرِّف علم الشروط بأنه :

« علم باحث في كيفية ثبت الأحكام الثابتة عند القاضي في الكتب والسجلات على وجه يصح الاحتجاج به عند انقضاء شهود الحال »[2].

وعرّفه آخرون بأنه :

« علم يبحث فيه عن إنشاء الكلمات المتعلقة بالأحكام الشرعية ، وعن كيفية سوق الأحكام الشرعية المتعلقة بالمعاملات في الرقاع والدفاتر ، ليحتج بها عند

---

(١) الوثائق : جمع وثيقة ، من وثق ، والوثيق المحكم ، وأوثقه في الوثاق : شدّه ، وقال تعالى : ﴿ فَشُدُّوا ٱلْوَثَاقَ ﴾ (سورة محمد ، آية رقم ٤) . والوثيقة في الأمر : إحكامه . والجمع وثائق ، وأنشد الفراء لعياض بن درة الطائي :

حمى لا يحل الدهر إلا بإذننا ∴ ولا نسل الأقوام عقد المياثق

وحديث كعب بن مالك : « ولقد شهدت مع رسول الله ﷺ ليلة العقبة حين تواثقنا على الإسلام.» أي تحالفنا وتعاهدنا . ومنه قوله تعالى : ﴿ وَمِيثَـٰقَهُ ٱلَّذِى وَاثَقَكُم بِهِۦٓ ﴾ (سورة المائدة ، آية رقم ٧) . انظر (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٠ص٣٧١) .

وتخريج الحديث : (البخاري/ المناقب/ باب وفود الأنصار إلى النبي ﷺ / ح٣٨٨٩) (وفي المغازي/ باب حديث كعب بن مالك/ ح٤٤١٨) (مسلم/ التوبة/ باب حديث توبة كعب بن مالك وصاحبيه/ ح ٢٧٦٩) (الترمذي/ تفسير القرآن/ باب من سورة التوبة/ ح٣١٠٢) .

وعلم الوثائق هنا يختلف عن أحكام التوثيقات في باب المعاملات كالرهن والكفالة وغيرها ، فليست هي المقصودة بعلم الوثائق هنا.

(٢) (الطليطلي/ المقنع في علم الشروط/ ص٣) (حاجي خليفة/ كشف الظنون/ ج٢ص١٠٤٥) (صديق البخاري/ أبجد العلوم / ج٢ص٣٣٩) .

الحاجة »[1].

ويسمى علم الشروط كذلك بكتاب العهد ، والوثائق[2] .

ويسمى بعلم السجلات[3] .

ويسمى بعلم رسوم الأقضية[4] .

وأسماه البعض بالمراسم الشرعية[5].

وموضوع هذا العلم : « هو تلك الأحكام -أي القضائية- من حيث الكتابة ، وبعض مباديه مأخوذة من الفقه ، وبعضها من علم الإنشاء ، وبعضها من الرسوم والعادات ، والأمور الاستحسانية ، وهو من فروع الفقه من حيث كون ترتيب معانيه موافقاً لقوانين الشرع ، وقد يجعل من فروع الأدب والإنشاء باعتبار تحسين الألفاظ »[6].

---

(١) (طاش زاده/ مفتاح السعادة/ ج٢ص٦٠٠) (التهانوي/ كشاف اصطلاحات الفنون/ ج٣ص٧٥٢) .

(٢) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٥ص٢٨٤) (الفراهيدي/ العين/ ج٧ص١٤٧) .

(٣) (صديق البخاري/ أبجد العلوم/ ج٢ص٣٣٩) .

(٤) رسم الأقضية : ألف فيه أبو نصر السمرقندي كتاباً وأسماه : رسوم القضاة ، وهو مطبوع ، وتوجد منه نسخة في مكتبة الجامعة الأردنية ٦, ٢١٦ سمر .

وورد هذا المصطلح أكثر ما ورد في كتب المالكية ، وهو أحد كتب الإمام ابن القاسم من المالكية . انظر (في كتاب الإمام المواق/ التاج والإكليل/ ج٣ص٣١٦/ ج٥ص١٧٦) (وفي كتاب الحطاب/ مواهب الجليل/ ج١ص٥٠١/ ج٢ص١٣١/ ج٣ص٣٩٦/ ج٥ص١٥٤) .

(٥) انظر : (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٥٥) ، يقول: « وذكرت مما اصطلح عليه الحكام من المراسم الشرعية والوقائع الحكمية جملاً كثيرة وفوائد غزيرة ينتفع بها الحكام وتابعوهم من الكتاب والوكلاء والمتداعين المتناظرين » .

(٦) (صديق البخاري/ أبجد العلوم/ ج٢ص٣٣٩) (الطليطلي/ المقنع في علم الشروط/ ص٣) .

وقد ألّف في الشروط[1] والوثائق[2] جمع غفير من العلماء .

وفي فضله يقول الإمام السرخسي[3] :

---

(١) أول من صنف في علم الشروط هلال بن يحيى البصري الحنفي (ت٢٤٥هـ) ، وقد ألف فيه جمهرة من العلماء ؛ منهم : أبو زيد أحمد بن زيد الشروطي الحنفي ، ألف ثلاثة كتب كبير وصغير ومتوسط ، ومنهم أبو جعفر أحمد بن محمد الطحاوي (ت٣٢١هـ) وله الشروط الصغير في خمسة أجزاء، والشروط الأوسط، ومنهم أبو نصر الدبوسي ، ومنهم أبو نصر أحمد بن محمد السمرقندي (ت٥٥٠هـ) ، ولأبي بكر الخصاف كتاب فيه ، ولظفير الدين حسن بن علي الميرغناني .

وللمزيد انظر (حاجي خليفة/ كشف الظنون/ ج٢ص١٠٤٥، ١٨٠٩) (الطليطلي/ المقنع في علم الشروط/ ص٣) (صديق البخاري/ أبجد العلوم/ ج٢ص٣٣٩) (القضاعي/ التكملة لكتاب الصلة/ ج٢ ص٢٤، ٦٠) (أبو الوفاء القرشي/ طبقات الحنفية/ ص١٦٨) (ابن قاضي شهبة/ طبقات الشافعية/ ج٢ص١٩٥) (شهاب الدين المقدسي/ الروضتين في أخبار الدولتين النورية والصلاحية/ ج٢ ص٤٥٥) (القزويني/ التدوين في أخبار قزوين/ ج٣ص٢٢٠) (ابن خلكان/ وفيات الأعيان/ ج١ص٧١، ٧٢) (الذهبي، سير أعلام النبلاء/ ج١٧ص٢٧٦) (العكري/ شذرات الذهب / ج٢ص١٩٢) (الذهبي/ العبر في خبر من غبر/ ج٣ص١٠٥) (ابن الجوزي/ المنتظم/ من ٢٥٧هـ/ ج١٠ص١٣٠) (ابن فرحون/ الديباج المذهب/ ص٣٨، ١٤٩).

(٢) كتاب الوثائق للإمام المزني الشافعي . انظر : (الشيرازي/ طبقات الفقهاء/ ص١٨٩) ، كتاب معتمد الخلائق في علم الوثائق للإمام عبد الله بن أبي أحمد الفرغاني المعروف بالعبري قاضي تبريز (ت٧٤٣هـ) (حاجي خليفة/ كشف الظنون/ ج٢ص١٧٣٢) ، الفائق في علم الوثائق للقاضي أمين الدين أبو علي الحسن بن مروان ، فرغ منه ٦٠٧هـ .

وكتب كثيرة غيرها . انظرها في : (ياقوت الحموي/ معجم البلدان/ ج١ص٥١١، ٥١٨) (ابن فرحون/ الديباج المذهب/ ص٥٤،٢٣١،٢٥١) (ابن النديم/ الفهرست/ ص٢٩٢، ٢٩٣) (العكري/ شذرات الذهب/ ج٤ص٤٥) .

(٣) السرخسي : أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، نسبة إلى سرخس (في خراسان)، حنفي المذهب ، توفي ٤٨٣هـ في فرغنة (من بلاد مرغينان - وراء النهر) ، فقيه أصول محدّث ، ويعدّه الحنفية من المجتهدين في المسائل التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب ، وألّف أكثر كتبه وهو سجين ، ومن مؤلفاته : المبسوط في الفقه ، أملاه على تلاميذه وهو سجين في الجب، شرح السير الكبير ، شرح كتابي النفقات وأدب القاضي للخصاف . (الزركلي/ الأعلام/ ج٦ص٢٠٨) (ابن أبي الوفا/ طبقات الحنفية/ ص٢٨) .

« اعلم بأن علم الشروط من آكد العلوم وأعظمها صفة ؛ فإن الله تعالى أمر بالكتابة في المعاملات فقال عز وجل : ﴿ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ﴾ [1] . ورسول الله ﷺ أمر بالكتابة في المعاملة بينه وبين من عامله ، وأمر بالكتابة فيما قلد فيه عماله من الأمانة ، وأمر بالكتابة في الصلح فيما بينه وبين المشركين ، والناس تعاملوه من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا ، ولا يتوصل إلى ذلك إلا بعلم الشروط ، فكان من آكد العلوم » [2].

وحكم تعلمه فرض على الكفاية ، كما ذكر الإمام الجصاص [3] إذ يقول :

« وقال تعالى : ﴿ وَإِذْ أَخَذَ ٱللَّهُ مِيثَٰقَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ لَتُبَيِّنُنَّهُۥ لِلنَّاسِ وَلَا تَكْتُمُونَهُۥ فَنَبَذُوهُ وَرَآءَ ظُهُورِهِمْ ﴾ [4] . وقال ﷺ : «من سئل عن علم فكتمه ألجم يوم القيامة بلجام من نار» [5]. فعلى هذا الوجه يلزم من عرف الوثائق والشروط بيانها لسائلها على حسب ما يلزمه بيان سائر علوم الدين والشريعة ، وهذا فرض لازم للناس على الكفاية ، إذا قام به بعضهم سقط عن الباقين » [6].

أما ما يفترق فيه هذا العلم عن أصول المحاكمات الشرعية الجزائية فهو :

١) المطلع على حقيقة علم الشروط يجد أن تعلقه أكثر ما يكون في جانب

(١) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٨٢) .

(٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج٣٠ص١٦٧) .

(٣) الجصاص : أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ، نسبة إلى عمله بالجص ، ولد ٣٠٥هـ ، وتوفي ٣٧٠هـ في بغداد ، انتهت إليه رئاسة المذهب في عصره ، وكان إماماً عظيم القدر ، من مؤلفاته : أحكام القرآن ، شرح مختصر الكرخي، شرح مختصر الطحاوي، الأصول في الفصول في أصول الفقه. (ابن أبي الوفا/ طبقات الحنفية/ ص٨٤) .

(٤) (سورة آل عمران ، آية رقم ١٨٧) .

(٥) (الترمذي/ العلم/ باب ما جاء في كتمان العلم/ ح٢٦٤٩ ، وقال حديث حسن) (أبو داود/ العلم/ باب كراهية منع العلم/ ح٣٦٥٨) (ابن ماجه/ المقدمة/ باب من سئل عن علم فكتمه/ ح٢٦١، ٢٦٥) (أحمد/ عن أبي هريرة في الأحاديث التالية : ٧٥١٧، ٧٨٨٣، ٧٩٨٨، ٨٣٢٨، ٨٤٢٤) .

(٦) (أبو بكر الجصاص/ أحكام القرآن/ ج١ص٦٦٢) .

المعاملات في الأحكام المالية . أما المعاملات في الأحكام الجزائية القضائية فنفهم أن له تعلقاً به من حيث إن حاجة الأحكام المالية إلى التوثيق هي ذات الحاجة التي يهتم بها أصول المحاكمات الجزائية الشرعية ، فكما أن التوثيق وتحديد الألفاظ في علم الشروط هام للتعاملات المالية ، فإنه هام للأحكام القضائية كذلك .

وما دام أن التوثيق يعتبر من الإجراءات التي تدخل في عمل السلطة القضائية، فهي في جزء منها جزء من أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، أما الجزء الباقي فخارج عن حدود موضوعنا .

فبين العلمين عموم وخصوص ، فلا تستطيع القول إن كل قاعدة من قواعد علم الشروط والتوثيق هي قاعدة من قواعد أصول المحاكمات ، ولا العكس كذلك .

٢) أن علم الشروط والوثائق يدخل في كل مراحل التعامل مع الجريمة ، كما سنذكر في حينه بإذن الله تعالى .

فيدخل في ضبط الجرائم ، وتقييد أسماء المتهمين ، ورفعهم للقاضي بعد أخذ أقوالهم ، وكذلك توثيق ألفاظهم وكلامهم في المحكمة ، وتوثيق الأحكام الصادرة بحقهم في المحكمة وتدوينها ، وإعطاء المحكوم نسخة منها حتى يتمكن من التصرف حيالها ، إما بطعن أو طلب إعادة محاكمة ، أو عرضها على الفقهاء لمعرفة صحتها من عدمه .

المطلب الرابع
نظام القضاء وأدب القضاء

أما علم القضاء أو أدب القضاء أو علم الأقضية ، فهو علم يبحث عن آداب تختص بالقضاء[1] .

وقد اعتنى العلماء بشأن القضاة فأفردوا أدب القضاء في تصنيف مستقل.

(١) (طاش زاده/ مفتاح السعادة/ ج٢ص٦٠٠) .

وفي تعريفه يقول العلماء :

« ما ينبغي للقاضي أن يفعله وما عليه أن ينتهي عنه »[1].

أو « الخصال الحميدة المندوبة أو المدعو إليها »[2] .

ويسمى هذا العلم بأدب القضاء ، أو علم القضاء ، أو علم الأقضية ، أو أدب القاضي ، ومما يُظهر عدم التمييز بينها أنه ما من أحد من العلماء ألف في كتابه تحت عنوانين منها ، فهو إما أن يقول علم القضاء ، أو باب القضاء ، أو باب أدب القضاء ، أو أدب القاضي ، أو الأقضية[3] .

أما في التفريق بينه وبين علم أصول المحاكمات الشرعية الجزائية فنلاحظ ما يلي :

١) أن مشمولات علم القضاء وأدب القضاء لا يدخل بعضها ضمن أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، ومن ذلك :

أ - إدارة القضاء ، أو نظام القضاء ، وتشمل تعيين القضاة ، وصيغ توليتهم ، وصيغ عزلهم ، وأسباب العزل ، وشرائط التولية للقاضي ، وانخرام هذه الشرائط ، وتأثير ذلك على ولايته ، ويشمل أرزاق القاضي ، وراتبه ، وراتب أعوانه ، وكاتبه ، وحاجبه .

وكل ما كان على هذه الشاكلة فلا تأثير له على الدعوى الجزائية، ولا أثر له في نسبة الجرائم إلى فاعليها، أو الحكم عليهم، ولذا لا يدخل ضمن أصول المحاكمات الشرعية الجزائية.

ب - كيفية ابتداء القاضي لمهامه عند استلامها، مثل كيفية دخول البلد،

---

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٧٧) .

(٢) (القونوي/ أنيس الفقهاء/ ص٢٢٨) .

(٣) انظر مثلاً : (أدب القاضي/ المبسوط/ بدائع الصنائع/ فتح القدير) (القضاء/ الإنصاف/ الفروع/ منتهى الإرادات كشاف القناع/ مطالب أولي النهى/ أسنى المطالب/ تحفة المحتاج/ مغني المحتاج/ مواهب الجليل/ حاشية الدسوقي/ تبيين الحقائق) (الأقضية/ الأم/ التاج والإكليل) .

وأول ما يبدأ به المسجد ، وكيفية مركبه .

ج - مهام القاضي خارج حدود الدعوى وخارج حدود الجريمة والجرائم ، كالنظر في الأوقاف والوصاية والولاية والإفتاء ، عدا أن يستفتى القاضي في قضية معروضة بين يديه ، وستتطرق لها إن شاء الله تعالى .

فكل هذه الأمور لا تدخل في موضوع أصول المحاكمات الشرعية الجزائية، إلا من بعيد ، ولكنها داخلة في صلب أدب القضاء .

وكذلك فإن بعضاً من الأحكام الواردة في أصول المحاكمات الشرعية الجزائية لا تدخل في علم أدب القضاء ، ومنها :

أ - اختصاصات والي الجرائم، والتي يتحدد فيها مهام والي الجرائم عند حصول الجريمة.

ب - عملية ضبط الجريمة ، والكشف عن الفاعلين ، والتحقيق في الجريمة ، وخصوصاً التحقيق الأولي ، فهذا ليس من اختصاص القاضي .

ج - تحديد أثر مخالفة أصول المحاكمات على الدعوى وعلى الأحكام القضائية ، ليس من اختصاص علم القضاء أو أدب القضاء ، بل هو من اختصاص أصول المحاكمات الجزائية .

٢) ومن الفروق بين أدب القضاء وأصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، أن الفقهاء عندما ألّفوا الكتب في أدب القضاء ، إنما أرادوا في أغلب أحكام هذا العلم فض النزاعات في الأمور المالية والمادية ، وليس الأحكام الجنائية أو الجزائية . والذي يدل على ذلك ، أنهم يرتبون كتاب القضاء بعد الانتهاء من ذكر سائر المعاملات المالية ، وكثير منهم يبدأ كتاب القضاء بقوله : « لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات ، والمنازعات محتاجة إلى قطعها ، أعقبها بما هو القاطع لها وهو القضاء » [1].

فالقارئ لكتب القضاء وأدب القضاء يجدها في أغلب أحيانها تتحدث عن

---

(١) انظر (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٧٦) (ابن الهمام/ شرح فتح القدير/ ج٧ص٢٥١) (البابرتي/ العناية/ ج٧ص٢٥١) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٣٥١، ٣٥٢) (داماد/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٠، ١٥١) (القونوي/ أنيس الفقهاء/ ص٢٢٧) .

المعاملات المالية ، ومع ذلك تجد نصوصاً تخص أصول المحاكمات الجزائية بشيء من التفصيل .

ولكل مؤلف منهم أسلوبه في التقليل من ذكر هذه النصوص المتعلقة بالجزائيات ، أو الإكثار منها، وذلك بحسب حاجة الكتاب لذلك ، أو ربما بحسب علمه واطلاعه .

وقد وجدت أن الكتب التي في اسمها ما يتعلق بالحكام ، فيها نصيب أكبر لأصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، مما هو في غيرها ، ومثاله :

أ - تبصرة الحكام لابن فرحون .

ب - تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام لمحمد بن عيسى ابن المناصف[1] .

جـ - الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام (شرح ميارة)، لميارة الفارسي[2] .

د - معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، لعلاء الدين الطرابلسي[3] .

هـ - الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، للإمام القرافي .

و - درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، علي حيدر .

---

(١) ابن المناصف : أبو عبد الله محمد بن عيسى بن المناصف القرطبي ، كان نجيباً مبرزاً ، تفنن في العلوم ، ولي أكبر خطط القضاء مثل مرسية وبلنسية ، ت ٦٢٠هـ ، له : المذهب في الحلى والشيات ، وله الدرة السنية في المعالم السنية ، وله الإنجاد في الجهاد . (القضاعي/ التكملة لكتاب الصلة/ج٢ص١٢٠) (المقري التلمساني/ نفح الطيب/ ج٤ص٣-٥) .

(٢) ميارة : محمد بن أحمد بن محمد الفاسي ، الشهير بـ ميارة الفاسي ، مالكي المذهب ، ولد بفاس ٩٩٩هـ، وتوفي سنة ١٠٧٢هـ . من مؤلفاته : الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام لابن عاصم المعروف بشرح ميارة، الرد الثمين في شرح منظومة المرشد المعين ، تنبيه المغترين على حرمة التفرقة بين المسلمين، شرح لامية الفرقان. (الناصري/ الاستقصا لأخبار دول المغرب الأقصى/ ج٢ص ٦٠، ٨٥، ٩٣، ٩٦).

(٣) الطرابلسي : أبو الحسن علاء الدين علي بن خليل الطرابلسي ، حنفي المذهب ، توفي ٨٤٤هـ، كان قاضياً بالقدس ، مؤلفاته : معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام . (حاجي خليفة/ كشف الظنون/ ج٢ص ١٧٤٥) (الزركلي/ الأعلام/ ج٥ص٩٧) .

المبحث الثالث

أهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية وأهمية تقنينها

أعرض في هذا المبحث جملة من الأدلة المنقولة والمعقولة ، والتي تظهر أهمية هذا العلم ، وحاجة أهل الفقه والقضاء إليه . وذلك من خلال العناوين التالية :

١- **أهمية أصل هذا العلم .**
٢- **مظاهر أهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية .**
٣- **أهمية تقنين أصول المحاكمات الشرعية الجزائية .**

أولاً : أهمية أصل هذا العلم :

أصل هذا العلم هو الفقه ، ومن بعده القضاء ، ويليه أصول المحاكمات كنظرية عامة .

أما فضل الفقه ، فمعلوم بالاستفاضة أنه من أجل العلوم وأعلاها شأناً ، وأرفعها مقاماً، والأحاديث والآثار في ذلك كثيرة وفيرة[1] .

وكذلك الحال في القضاء ، وقد أكثر العلماء في بيان فضل القضاء وعظيم خطره ، وجسيم أمره ، وفي ذلك يقول ابن أبي الدم[2] في أدب القضاء:

---

(١) أ – منها قول رسول الله ﷺ : « من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين » . (البخاري/ كتاب العلم/ باب من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين/ ح٧١) (ورواه مسلم والترمذي وابن ماجه ومالك والدارمي وأحمد) .
ب – ومنها قول رسول الله ﷺ حين دعا لابن عباس : « اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل» . (البخاري/ الوضوء/ باب وضع الماء عند الخلاء/ ح١٤٣) (ورواه مسلم وابن ماجه والترمذي ومالك وأحمد والنسائي وأبو داود) .

(٢) ابن أبي الدم : شهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم بن علي بن محمد بن فاتك الهمداني الحموي ، ولد بحماة ٥٨٣هـ ، وتوفي ٦٤٢هـ . رحل إلى بغداد وتفقه بها وسمع وحدث بالقاهرة ، وولي قضاء بلده ، له شرح مشكل الوسيط ، وأدب القضاء ، وله كتاب في التاريخ في الفرق الإسلامية . (ابن قاضي شهبة/ طبقات الشافعية/ ج٢ص٩٩) .

« وهذا العلم هو على الحقيقة كالعلاوة[1] في بقية علم المذهب وغيره »[2].

ومن الأقوال الواردة في فضل القضاء قول ابن فرحون في التبصرة :

« اعلم أن خطة القضاء أعظم الخطط قدراً ، وأجلها خطراً ، وعلى القاضي مدار الأحكام، وإليه النظر في جميع وجوه القضاء، من القليل والكثير بلا تحديد »[3].

ثم يتابع بعد حين تصوير هذه الأهمية بقوله : « ولما كان علم القضاء من أجلّ العلوم قدراً ، وأعزها مكاناً ، وأشرفها ذكراً ؛ لأنه مقام عليّ، ومنصب نبوي ، به الدماء تعصم وتسفح، والأبضاع تحرم وتنكح ، ... وكانت طرق العلم به خفية المسارب ، مخوفة العواقب ، والحجاج التي يفصل بها الأحكام مَهَامِهُ[4] يحار فيها القطا[5] ، ويقصر فيها الخطا ، كان الاعتناء بتقرير أصوله ، وتحرير فصوله ، من أجلّ ما صُرفت له العناية ، وحمدت عقباه في البداية والنهاية »[6].

---

(١) العُلاوة : علاوة الشيء بالضم أرفعه . أو أعلاه ، وقيل : علاوة كل شيء ما زاد عليه . (ابن منظور/ لسان العرب / ج١٥ص٨٩) .

(٢) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٥٥) ، ومثله ما ورد في أنيس الفقهاء للقونوي : « فإن القضاء بالحق من أقوى الفرائض بعد الإيمان ، وهو أشرف العبادات ...» ص٢٢٧ . ومنه ما وصى به أبو عبد الله طاهر بن الحسين ولده فقال : « واعلم أن القضاء من الله بالمكان الذي ليس به شيء من الأمور ؛ لأنه ميزان الله الذي تعتدل عليه الأحوال في الأرض ، وبإقامة العدل في القضاء والعمل تصلح الرعية ، وتأمن السبل ، وينتصف المظلوم ، ويأخذ الناس حقوقهم ، وتحسن المعيشة ، ويؤدى حق الطاعة ، ويرزق الله العافية والسلامة في الدين ، وتجري السنن والشرائع ، وعلى مجاريها ينتجز الحق والعدل في القضاء » . (الطبري/ تاريخ الطبري/ ج٥ص١٥٨) (أحمد زكي صفوت/ جمهرة خطب العرب/ ج٣ص١٣٤،١٣٤) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٩٣) .

(٤) المهامة : البعيدة ، أي الأرض البعيدة ، المفازة البعيدة ، واحدها المَهْمَة ، وهو الخرق الأملس الواسع ، ويقصد بها البرية القفرة . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٣ص٥٤٢) .

(٥) القطا : طائر معروف سمي بذلك لثقل مشيه ، ويقال في المثل : إنه لأدل من قطاة ؛ لأنها ترد الماء ليلاً من الفلاة البعيدة . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٥ص١٩٠) .

(٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١) .

وبعد ذكر فضل القضاء -إذ لا مزيد على ما سطره العلماء في فضل الفقه والقضاء- أورد ما ذكروه في فضل علم أصول المحاكمات كأصل وكنظرية عامة ، إذ لا غنى للقاضي عن إدراكه ، والإحاطة به ، وعدَّ العلماء ذلك من صفات القاضي ؛ يقول ابن أبي الدم في ذلك عند حديثه عن صفات القاضي وشروطه : « وتضلعه من علم **الشروط والأقضية والحكومات** ، فإنها أمر وراء الفقه » [1].

بل واعتبر بعض العلماء أنه يتقدم في الأهمية على القضاء ذاته ، ومن ذلك قول ابن فرحون : « لأن علم القضاء يفتقر إلى معرفة أحكام تجري مجرى المقدمات بين يدي العلم بأحكام الوقائع الجزئيات ، وغالباً تلك المقدمات لم يجر لها في دواوين الفقه ذكر ، ولا أحاط بها الفقيه خبراً ، وعليها مدار الأحكام ، والجاهل بها يخبط خبط عشواء[2] في الظلام » [3].

والقصد من قوله : مقدمات ، أي أنها ممهدات ومهيئات ، وليس المقصود هو ذات التقديم الذي هو ضد التأخير ، فإن من هذه الأحكام ما يتعلق بمراحل عملية التقاضي الأخيرة ، ومع ذلك فهي من المقدمات ، فالقاضي يتوجب عليه العلم بهذا الفن من البداية ، ليمهد له كيفية القضاء من بداية التقاضي إلى نهايته .

وقد جعل العلماء تعلم الأصول واستقصاء صحتها من مهام القاضي، ويقول ابن خلدون في رسالته للقضاة : « وأما المرافعات فيبحث في صحتها سراً ويُعمل بمقتضاها »[4].

---

(١) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٨١) .

(٢) خبط عشواء : هي الناقة التي في بصرها ضعف ، تخبط إذا مشت لا تتوقى شيئاً . (ابن منظور/لسان العرب/ج٧ ص٢٨١) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص٧١) .

(٣) ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج١ص٢) .

ومن ذلك قول أبي الأصبغ بن سهل : « لولا حضوري مجلس الشورى مع الحكام ما دريت ما أقول في أول مجلس شاورني فيه ابن الأمير سليمان بن أسود ، وأنا يومئذ أحفظ المدونة والمستخرجة الحفظ المتقن » . (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج١ص٢) .

(٤) (ابن خلدون/ مزيل الملام / ص١٣٦) .

وكذلك قول ابن أبي الدم في فضل هذا العلم، فبعد أن بين أهمية الفقه قال: «وأخصها بالأولوية علم الأقضية والأحكام المتداولة بين القضاة والحكام»[1]. فقوله : الأقضية والأحكام المتداولة بين القضاة والحكام ، هو مفهوم أصول المحاكمات بشكل عام بحيث يشمل الجزائي والمدني والأحوال الشخصية .

وأختم الحديث في فضل هذا العلم بكلام الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا حيث يقول :

« وإن القوانين التي يمكن أن توجد لدينا أو لدى غيرنا هي نوعان :

الأول : قوانين الأحكام ، وهي التي توجب وتثبت لكل قول أو فعل موجبه وحكمه .

والثاني : قوانين المراسم أو الأصول ، وهي التي ترسم وتبين الطرائق التي يجب سلوكها، والأشكال التي يجب أن يصدر العمل على وفقها ، وتسمى أيضاً القوانين الشكلية ، ... ومن هذا القبيل أيضاً قانون " أصول المحاكمات " الذي يُسمّى اليوم (قانون المرافعات) »[2].

بعد ذكر أهمية أصول المحاكمات عموماً ، فلا بد من بيان أهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية تحديداً ، ذلك أن لها ما يميزها من الصفات والسمات ، وهذا هو موضوع العنوان التالي .

ثانياً : مظاهر أهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية :

إن لأهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية مظاهر متعددة ، وقد برزت هذه الأهمية من خلال المظاهر التالية :

أ- إن كون هذه الأصول متعلقة بالقسم الجزائي من الأحكام القضائية دون القسم المدني ، أو قسم الأحوال الشخصية، يشير إلى مكانة هذه الأصول وخطورتها،

---

(١) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٥٤) .

(٢) (الزرقا/ المدخل الفقهي العام/ ج١ص٢٠٢/ فقرة٧٨) .

ويؤكد ذلك أن جملة من النصوص الشرعية تبين خطورة هذه الأفعال ، وأنها تأتي في مرتبة مباشرة بعد الإشراك بالله عز وجل .

فقد روى ابن عمر رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لن يزال المؤمن في فسحة من دينه ما لم يصب دماً حراماً »[1].

فالحديث دال على أن آخر مرحلة تسبق الخروج من الملة هي إصابة الدم بالظلم والعدوان ، فإن استحل ذلك فقد خرج من الدين ، وإلا فذنبه عظيم جسيم . وفي بيان ذلك يقول الإمام السرخسي : « القتل بغير حق من أعظم الجنايات بعد الإشراك بالله تعالى ، قال الله تعالى : ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا ﴾[2]»[3].

ولذلك عدَّ النبي ﷺ هذه الجرائم من الكبائر السبعة التي تلي الشرك بالله عز وجل.

ومن ذلك أيضاً في تقديم الجزائيات على غيرها قول رسول الله ﷺ فيما يرويه ابن مسعود : « أول ما يُقضى بين الناس في الدماء »[4].

فخطورة الدماء وعظيم شأنها عند الله تعالى قدّمتها في المحاسبة على غيرها من

---

(١) (البخاري/ الديات/ باب قول الله تعالى ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم ﴾ /ح٦٨٦٢) (أبو داود/ الفتن والملاحم/ باب في تعظيم قتل المؤمن/ ح٤٢٧٠/ بلفظ « لا يزال المؤمن معنقاً صالحاً ما لم يصب دماً حراماً ، فإذا أصاب دماً حراماً بلّح » . معنقاً : خفيف الظهر ، أي مسرعاً في الطاعة قليل الذنوب. بلح : انقطع من الإعياء ووقع في الهلاك والشقاء) (أحمد/ عن عبد الله بن عمر /ح٥٦٤٨).

(٢) (سورة المائدة ، آية رقم ٣٢) .

(٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج٢٦ص٥٩) .

(٤) (البخاري/ الرقاق/ باب القصاص يوم القيامة/ ح٦٥٣٣) (مسلم/ القسامة والمحاربين والقصاص والديات/ باب المجازاة في الدماء في الآخرة/ ح١٦٧٨) (الترمذي/ الديات/ باب الحكم في الدماء/ ح١٣٩٦/ ١٣٩٧) (النسائي/ باب تعظيم الدم/ ح٣٩٩١، ٣٩٩٢، ٣٩٩٣، ٣٩٩٤، ٣٩٩٥، ٣٩٩٦) (ابن ماجه/ الديات/ باب التغليظ في قتل مسلم ظلماً/ ح٢٦١٥، ٢٦١٧) (أحمد/ عبد الله بن مسعود/ ح٣٦٦٥، ٤١٨٨، ٤٢٠١) .

الاعتداءات ، وهذا تخويف من الاعتداء على الدماء ، وتطمين للمعتدى عليه ، إن أول ما يتحصل من الحقوق هو حقه ، حتى يكون ذلك أدعى للصبر والمواساة .

بل إن مهمة الأنبياء والمرسلين هي حقن الدماء ، فقد روى عمرو بن عبسة السلمي رضي الله عنه أنه جاء إلى رسول الله ﷺ فقال : « قلت له : ما أنت فقال : نبي. فقلت : وما النبي ؟ فقال : رسول الله . فقلت: ومن أرسلك؟ فقال : الله عز وجل . قلت : بماذا أرسلك؟ فقال : بأن توصل الأرحام ، وتحقن الدماء ، وتؤمن السبل ، وتكسر الأوثان ، ويعبد الله وحده لا يشرك به شيء ... » الحديث[1] .

وقد كانت وصية الرسول ﷺ في خطبة الوداع الحفاظ على الدماء والأنفس ؛ فقد روى أبو بكرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « ألا إن دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا» [2].

يقول ابن العربي[3] في أحكام القرآن : « وأهم قواعد الشرع حماية الدماء عن الاعتداء ، وحياطته بالقصاص كفاً وردعاً للظالمين والجائرين ، وهذا من القواعد التي لا تخلو عنها الشرائع ، والأصول التي لا تختلف فيها الملل » [4].

ثم دلت النصوص على أن هذه الجنايات والجزائيات لعظيم أمرها قد وكلت إلى السلطان دون غيره ، للدلالة على أنها من المسؤوليات الملقاة على عاتقه في

---

(١) (مسلم/ صلاة المسافرين وقصرها/ باب إسلام عمرو بن عبسة/ ح٨٣٢) (أحمد/ عن أبي نجيح عمرو بن عبسة/ ح١٦٥٦٨، ١٦٥٧١) .

(٢) (البخاري/ العلم/ باب قول النبي ﷺ : رب مبلغ أوعى من سامع / ح٦٧) (مسلم/ القسامة والمحاربين والقصاص والديات/ باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال/ ح١٦٧٩) (الدارمي/ المناسك/ باب في الخطبة يوم النحر/ ح١٩١٦) (أحمد/ عن أبي بكرة الثقفي/ ح١٩٨٧٣، ١٩٨٩٤، ١٩٩٨٥) .

(٣) ابن العربي : أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعافري الإشبيلي المالكي ، ولد ٤٦٨هـ في إشبيلية ، وتوفي ٥٤٣هـ ودفن في فاس ، في منطقة باب المردق ، فقيه متبحر ، بلغ رتبة الاجتهاد ، من مؤلفاته : عارضة الأحوذي في شرح صحيح الترمذي ، العواصم من القواصم، أحكام القرآن ، الإنصاف في مسائل الخلاف ، المحصول . (الزركلي/ الأعلام/ ج٧ص١٠٦) .

(٤) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٢ص٨٨) .

تلافيها ، ورفع الضيم عمن ابتلي بها ، وفي ذلك يقول رسول الله ﷺ: « أربع إلى السلطان : الصلاة ، والزكاة ، والحدود ، والقصاص »[(١)].

فاقترانها بالصلاة والزكاة مع تقييد أمرها بالإمام دال على أهميتها ووجوب الاعتناء بأحكامها ، كما هو حال الصلاة والزكاة . والتشديد في العناية بأمرها دال على أنها عظيمة القدر ، وقد قال العلماء في ذلك :

« إن الشيء إذا عظم قدره شدد فيه وكثرت شروطه »[(٢)].

فالحفاظ على أرواح الناس ودمائهم وأموالهم وعقولهم لهو من أعظم القربات وأجزل الطاعات ، فلا عجب أن تكون الطرق والمراسم المتبعة لتحقيق هذه الغاية من أهم ما يستحق العناية والدراسة والبيان .

ب - أن هدف هذه الأصول هو إقامة العدل، تحقيقاً لأمر الله تعالى بقوله سبحانه : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعًۢا بَصِيرًا ﴾[(٣)].

والخطاب في الآية للولاة ، كما ذكر ذلك جملة من المفسرين[(٤)] . فأراد بهم أمراء المسلمين في عهد رسول الله ﷺ ، ويندرج فيهم الخلفاء والقضاة وأمراء السرية وكل من ولي من أمر المسلمين شيئاً[(٥)].

---

(١) (مصنف ابن أبي شيبة/ح٢٨٤٣٨/ ٢٨٤٣٩/ وبأكثر من رواية ، منها « الجمعة والحدود والزكاة والفيء إلى السلطان » ، ومنها : « السلطان ولي من حارب الدين وإن قتل أخا امرئ أو أباه ») (البخاري /الكنى /ج١ ص٤٧) (الزيلعي/ نصب الراية/ج٣ص٣٢٦ / وقال عنه غريب ، ورواه بأكثر من رواية) (ابن حجر/ الدراية في تخريج أحاديث الهداية/ ج٢ص٩٩) .

(٢) القرافي/ الفروق/ ج٣ص١٤٤) .

(٣) (سورة النساء، آية رقم ٥٨) .

(٤) انظر : (القرطبي/ الجامع لأحكام القرآن/ج٢ص٢٠٦،٢٠٥) (الثعالبي/ تفسير الثعالبي/ ج١ص٣٨٤) (الطبري/ تفسير الطبري/ ج٥ص١٤٦،١٤٥،١٤٤ بإسناد أنها نزلت في ولاة الأمور) (السيوطي/ الدر المنثور/ ج٢ص٥٧١ بسند إلى زيد بن أسلم أنها في الولاة) (الألوسي/ روح المعاني/ ج٥ص٦٤) .

(٥) انظر : (القرطبي/ الجامع لأحكام القرآن/ ج٢ص٢٠٦،٢٠٥) .

يقول صاحب روح المعاني : « وتصدير الكلام بإنَّ الدالة على التحقيق ، وإظهار الاسم الجليل ، وإيراد الأمر على صورة الإخبار من الفخامة ، وتأكيد وجوب الامتثال ، والدلالة على الاعتناء بشأنه ما لا مزيد عليه »[1].

بل إن إرسال الرسل وإنزال الكتب كان لأجل العدل وإقامة القسط ؛ قال تعالى : ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ﴾[2].

فصار العدل مقصداً من مقاصد إنزال الكتب وإرسال الرسل ، بل هو مقصد لكل دين وملَّة صحيحة[3] . وكان ذلك متعلقاً بالعامة والخاصة ، فهل ورد في شأن ولاة الأمر ما هو أوضح من هذا ؟

والجواب يأتي بالإيجاب ؛ فلقد قال رسول الله ﷺ فيما يرويه عنه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه : « إن أحب الناس إلى الله يوم القيامة وأدناهم منه مجلساً إمام عادل ، وأبغض الناس إلى الله وأبعدهم منه مجلساً إمام جائر»[4].

وعن جزاء العادلين منهم يوم القيامة يقول رسول الله ﷺ فيما يرويه أبو هريرة رضي الله عنه: « سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله : إمام عادل...»[5].

---

(١) (الألوسي/ روح المعاني/ ج٥ص٦٤) .

(٢) (سورة الحديد ، آية رقم ٢٥) .

(٣) يقول الإمام ابن القيم : « قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط ، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست مخالفة له » . (الطرق الحكمية/ ص٣٩) .

(٤) (الترمذي/ الأحكام/ باب ما جاء في الإمام العادل/ ح١٣٢٩/ وقال حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه) (أحمد/ عن أبي سعيد الخدري/ ح١٠٧٩٠، ١١١٣١) .

(٥) (البخاري/ الأذان/ باب من جلس في المسجد ينتظر الصلاة وفضل المساجد/ ح٦٦٠) (مسلم/ الزكاة/ باب فضل إخفاء الصدقة/ ح١٠٣١) (الترمذي/ الزهد/ باب ما جاء في الحب في الله/ ح٢٣٩١) (النسائي/ أدب القضاة/ باب الإمام العادل/ ح٥٣٨٠) (مالك/ الجامع/ باب ما جاء في المتحابين في الله/ ح١٧٧٧) (أحمد/ عن أبي هريرة / ح٩٢٧٣) .

مما سبق يتضح مقام العدل عند الله تعالى ، وهو بذات المنزلة عند الأنبياء ومن والاهم من العلماء والعقلاء ؛ إذ إن العدل هو السياج لحماية الأمة ، أفراداً وجماعات ، سائلين ومسؤولين ، ومقولة عمير بن سعيد وهو والي عمر بن الخطاب رضي الله عنهم أجمعين إلى حمص تؤكد هذا المعنى ؛ إذ يقول : «ألا إن الإسلام حائط منيع ، وباب وثيق ، فحائط الإسلام العدل ، وبابه الحق ، فإذا نقض الحائط وحطم الباب استفتح الإسلام ، فلا يزال الإسلام منيعاً ما اشتد السلطان ، وليس شدة السلطان قتلاً بالسيف ، ولا ضرباً بالسوط ، ولكن قضاءً بالحق ، وأخذاً بالعدل »[(١)].

وتظهر أهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية في تحقيق العدالة من خلال كونها العنوان على تحقيق العدالة أو انعدامها ؛ إذ إن التعامل مع قواعد التحاكم الشرعية تسبق الأحكام القضائية وتتلوها ، ومن خلال ذلك يمكن معرفة ما إذا كان القاضي منحازاً للعدالة أم أنه في جانب الظلم والحيف، فإذا عدل في بداية التقاضي، -وهذا يعرف من خلال أصول هذه العملية- كان ذلك دليلاً على أنه في غيرها أعدل ، ومتى ظلم في البداية ، كان ذلك دليلاً على أنه فيما وراء ذلك أظلم .

يقول ابن القيم رحمه الله : « إذا عدل الحاكم بين الخصمين في هذا ، فهو عنوان عدله في الحكومة ، فمتى خص أحد الخصمين بالدخول عليه أو القيام له أو بصدر المجلس والإقبال عليه والبشاشة له والنظر إليه ، كان عنوان حيفه وظلمه »[(٢)].

ولذلك كانت هذه الأصول من بداية وقوع الجريمة إلى حين نسبة الجريمة إلى فاعلها ، تسعى إلى العدالة في أن لا يتهم أحد دون وجه حق ، وهذا من أسس العدالة وأهدافها .

وبعد هذه المرحلة ، وبعد أن يُعرف الفاعل ، ويُنسب الجرم إليه ، كان دور أصول المحاكمات الشرعية الجزائية أن لا يؤخذ منه غير الحق . فما زاد عن الحق فهو

---

(١) (ابن سعد/ الطبقات الكبرى/ ج٤ص٣٧٤) .

(٢) (ابن القيم/ إعلام الموقعين/ ج١ص٨٩) .

ظلم ، وما قصر عن بلوغه فهو ظلم . فلا يفلت الجاني بجنايته دون عقاب ، ولا يجازى فوق ما قدر الشرع أو بغير ما أمر الشرع .

وهذا هو دور أصول المحاكمات الشرعية الجزائية بحسب مراحل الوصول إلى الحق والحقيقة .

ج - أن رسالة سيدنا عمر رضي الله عنه[1] والتي تعتبر دستور القضاء ، حوت أربعة عشر توجيهاً لأبي موسى الأشعري ، وللقضاة والولاة من بعده ، وكان تسعة من هذه التوجيهات مختصة بأصول المحاكمات ، وفي هذا دلالة على أن تعلم هذه الأصول ومراعاتها واجب على القضاة ، حتى يتحقق العدل ويزهق الباطل ، ومن ذلك قوله : « آسِ بين الناس في مجلسك ووجهك وعدلك حتى لا ييأس ضعيف من عدلك ، ولا يطمع شريف في حيفك ... لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس ثم راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق، فإن الحق ومراجعته خير من التمادي في الباطل ... وإياك والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر للخصوم في مواطن الحق التي يوجب الله بها الأجر ويحسن بها الذخر ... »[2].

وهي رسالة جليلة اعتنى بها العلماء ، وشرحها وتواصاها الفقهاء ، وأوردها كل من كتب وألّف في القضاء[3] ، وتناولها نظماً الشعراء[4]. وسيأتي ذكرها في الفصل الرابع عند الحديث عن أصول المحاكمات الشرعية الجزائية في نظر الدعوى إن شاء الله تعالى .

---

(١) وتسمى هذه الرسالة بدستور القضاء ، وسماها الإمام محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة «كتاب السياسة» ، أي السياسة القضائية، وقد شرح الرسالة شرحاً وافياً الإمام ابن القيم في كتاب (إعلام الموقعين) ج١ص٨٥ ، وسنأتي على ذكر هذه الرسالة فيما بعد بالتفصيل .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج١ص٣٠) .

(٣) ذكرها كل من (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٣٠) (ابن المناصف/تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام/ ص٥٥) (ابن القيم/أعلام الموقعين/ج١ص٨٥) (ابن حجر/ الدراية في تخريج أحاديث الهداية/ ج٢ص١٧١) (الزيلعي/ نصب الراية/ج٤ص٨١) (سالم الساتلي / هدي الفاروق/ ص٥،٧ بروايتين) . وسنذكر تخريجها في موضع آخر .

(٤) سطرها شعراً الشيخ سالم الساتلي في كتابه (هدي الفاروق/ ص١٣) .

د – أن هذه الأصول تحقق مقاصد شرعية عظيمة . وقد تقدم الحديث عن العدل ، وهو مقصد شرعي عظيم ، وظهر أن هذه الأصول مبتغاها العدل ونصرة المظلوم بالطرق الشرعية الصحيحة ، ومما يحققه هذا العلم من مقاصد : إزالة الخلاف بين أفراد الأمة بإظهار الحق ، فإن الحق إذا ظهر زال الخلاف ، وعرف المحق من المبطل . بل إن إظهار الحق بحدّ ذاته مقصد شرعي كما يقول ابن القيم رحمه الله : « فإن الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه وشواهد له »[1].

ولما كان لإظهار الحق طريق يستدل به عليه ، كان علم أصول المحاكمات الشرعية الجزائية هو الطريق في الجزائيات ، وكان هو الدليل المؤدي إلى إظهار الحق وإبطال الباطل .

وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، والعدل في القضاء لا يتحقق إلا بالعلم بأصول محددة ترسم طريق التقاضي وترشد الخصوم والشهود والقاضي، إلى طريقة استخراج الحقوق وإرجاعها لأصحابها .

هـ – أن هذه القواعد الإجرائية رديف للقواعد الموضوعية ، ولما كانت الأخيرة تعطي الحق لولي الأمر في تتبع الجرائم والمجرمين حيث إنه مسؤول عن ذلك أمام الله وأمام الناس ، فإن ولي الأمر يستطيع التذرع بخطورة هذه الجرائم وجسامة آثارها على المجتمع لإطلاق اليد في حقوق الناس ودمائهم وأبشارهم وأموالهم ، فترتكب المحرمات ، وتنتهك الحرمات ، ويؤذي العباد والبلاد .

عند هذا الحد نعلم أهمية وجود قواعد إجرائية تمنع مثل هذه التجاوزات، وتسمح لصاحب الحق جماعة كان أو فرداً بأخذ حقه ، دون أي اعتداء أو تجاوز أو ظلم .

« فطبيعة القواعد الشكلية أنها تقف بين الدولة خصماً والدولة حكماً ، ويباعد بين بطشها كسلطة تنفيذية وبين ضميرها كسلطة قضائية ، ويلائم بين وسائلها

---

(١) (ابن القيم/إعلام الموقعين/ج١ص٩٠) .

في الاتهام والتحقيق والمحاكمة وبين غايتها في إدانة المجرم وفي تنفيذ العقاب »[1] .

إلا أننا سنلاحظ ومن خلال البحث في أثر مخالفة أصول المحاكمات الشرعية الجزائية أن الشريعة الإسلامية لم تنجرف وراء الدعوة لحماية الأفراد مع إغفال النظر عن حق الجماعة -كما فعلت القوانين الغربية- ولكنها وازنت بين الأمرين ، فأعطت المجتمع حقه ، وكذلك المتهم أو المجرم أعطته ما يستحقه، وهذا هو التوازن الذي يعتبر سمة من سمات هذا الدين وهذا الشرع العظيم .

« فالتحدي الحقيقي لكل نظام قانوني متحضر ورشيد هو كيفية تحقيق التوازن في استعمال هذه الدعوى بين حق المجتمع في إنزال غضبه وعقابه بالمذنب الحقيقي من ناحية ، وبين احترام الكرامة الإنسانية من ناحية أخرى ، وحماية حقوق وحريات الأفراد الذين قدر لهم أن يصبحوا طرفاً في هذه الدعوى ، فالاتهام ليس أصلاً ولا حتى قرينة ، لكنه محض افتراض عارض قابل لأن يتبدد بين لحظة وأخرى »[2] .

و - أن قواعد الإجراءات الجزائية تمنح المجتمع الوسائل اللازمة وبالقدر اللازم كذلك لاستقصاء الجرائم ، وجمع أدلتها ، والكشف عن الفاعلين ، وملاحقتهم ، ومحاكمتهم ، وتنفيذ العقاب بهم ، مع مراعاة الموضوعية في كل إجراء. ولولا وجود هذه الوسائل لتمكن الجاني أو الجناة من نشر الفساد في أوصال المجتمع دون حسيب أو رقيب تحت ذريعة الحرية الفردية .

وقد أثبتت التجربة أن قواعد قانون العقوبات وما تنطوي عليه من تهديد بإنزال أقسى العقاب لا تكفي وحدها لتوطيد النظام والأمن والتزام جانب الفضيلة والخلق القويم وصيانة أرواح الناس وأموالهم ، وإنما ينبغي أن يأخذ الشارع على عاتقه أيضاً سنَّ القواعد التي تفضي إلى الكشف العاجل عن مقترف الجريمة حتى

---

(١) (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية/ ص٣) .

(٢) (سليمان عبد المنعم/ أصول الإجراءات/ ص١٥١) .

يقضي عليهم بالعقاب الأكيد[1] .

ز - ومن مظاهر أهمية هذه الأصول ما تبعثه من الثقة عند الناس في القضاء ، لما تشتمل عليه من القواعد والإجراءات التي تمنع التلاعب أو المبالغة أو التساهل في عملية التقاضي . وهذا فيه تشجيع لصاحب الحق في أن يطالب بحقه واثقاً أنه لن يظلم ، وأنه لن يتأخر في الحصول على حقه.

ثالثاً : أهمية تقنين أصول المحاكمات الشرعية الجزائية :

وردت العديد من النصوص الدالة على أهمية حصول العلم عند الناس بما يحل لهم وما يحرم عليهم كقوله تعالى: ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾[2]، وقوله تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ ٱلْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِىٓ أُمِّهَا رَسُولًا ﴾[3]، وقوله تعالى : ﴿ لِأُنذِرَكُم بِهِۦ وَمَنۢ بَلَغَ ﴾[4]، وقوله تعالى: ﴿ وَلَوْ أَنَّآ أَهْلَكْنَٰهُم بِعَذَابٍ مِّن قَبْلِهِۦ لَقَالُوا۟ رَبَّنَا لَوْلَآ أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا فَنَتَّبِعَ ءَايَٰتِكَ مِن قَبْلِ أَن نَّذِلَّ وَنَخْزَىٰ ﴾[5]، وقوله تعالى: ﴿ وَإِن مِّنْ أُمَّةٍ إِلَّا خَلَا فِيهَا نَذِيرٌ ﴾[6].

ومنها ما يرويه المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « ...ولا أحد أحب إليه العذر من الله، ومن أجل ذلك بعث المبشرين والمنذرين ... » الحديث[7] .

---

(١) انظر : (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص١٣) . ونقل قول صاحب كتاب روح الشرائع (مونتسكيو) : « لو بحثنا عن السبب الذي يكمن وراءه كل انحلال لما وجدناه في اعتدال العقوبات ، وإنما هو في إفلات المجرمين منها » .

(٢) (سورة الإسراء ، آية رقم ١٥) .

(٣) (سورة القصص ، آية رقم ٥٩) .

(٤) (سورة الأنعام ، آية رقم ١٩) .

(٥) (سورة طه ، آية رقم ١٣٤) .

(٦) (سورة فاطر ، آية رقم ٢٤) .

(٧) (البخاري/ التوحيد/ باب قول النبي : لا شخص أغير من الله/ ح٧٤١٦) (مسلم/ اللعان/ الباب الأول بدون عنوان/ ح١٤٩٩) (الدارمي/ النكاح/ باب في الغيرة/ ح٢٢٢٧) (أحمد/ عن المغيرة بن شعبة/ ح١٧٧٠٣) .

من خلال ذلك كله نعلم أن النص على الجرائم والعقوبات مهم ، ويماثله في الأهمية النص على الإجراءات المتبعة في الوصول إلى الحق .

ويتأكد ذلك إذا علمنا أن كلام العلماء يؤخذ بالقبول وكلام القضاة تسري إليه الظنون[1]، فما كان هذا شأنه كان التقنين له دواءً وعلاجاً ، وكان التحديد والضبط له وقاية وسياجاً .

وفي أهمية التقنين يقول الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا يرحمه الله :

« ونخلص من هذا إلى رأي نراه ما بين الفقه الإسلامي والتقنين ، فنقول: إن قوانين المراسم ضرورة لا بد منها ؛ لأنها لا تستند إلى مبادئ الحقوق وقواعد العدالة الثابتة ، وإنما هي تتصل بسياسة التشريع وتنظيم تطبيقه أكثر مما تتصل بتلك المبادئ والقواعد. وهذا التنظيم حق من حقوق أولياء الأمور العامة، من صلاحيتهم الزمنية، يحولون ويبدلون من مجاريه دائماً على حسب ما يرون أنه أصلح وأضبط »[2].

ومما لا بد من ذكره أن التقنين مع تقادم الزمان أمسى من الضرورة بمكان؛ وبيان ذلك : أن القضاء في العصر الماضي كانت له عناصر تقوم به تختلف عما هي عليه في الزمن الحاضر ، فالعامة من الناس -وهم من تقع عليهم أحكام القضاء- كان لهم من الدين والأمانة ما يحول بينهم وبين مخالفة شرع الله تعالى في كل أمر ، سواء في الاعتداء على الناس ابتداءً أو في عملية التقاضي والمخاصمة انتهاءً .

وأما القاضي وهو المكلف بإصدار الأحكام القضائية فكان من النزاهة والاستقامة بحيث لا يحتاج معها إلى قوانين تقيده لضبط نزاهته ، وكان من العلم بحيث لا يحتاج معه إلى ما يذكره بقواعد الأحكام ، وكان له من العدل ما لا يحتاج معه إلى أن تسن له قوانين تريه كيفيه العدل وطريقته .

وأما ولي الأمر وهو المراقب لعملية التقاضي بأجهزته ورجاله ، فكان له من

---

(١) انظر : (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٤ص٣٧٢) .

(٢) (مصطفى الزرقا/ المدخل الفقهي العام/ ج١ص٢٠٣) .

العلم والورع والتقوى ما يمنعه من أن يُعيِّن في القضاء من لا يستحق ، ولو لقرابة أو عرق أو دم ، وكان له من العدل ما يمنعه أن يحيف على الناس ، فيحيف بعضهم على بعض ، وكان له من النزاهة ما يمنعه من أن يتدخل في القضاء ، بل كان يعلم الناس كيفية الاحترام للقضاء والقضاة بامتثال أوامرهم وأحكامهم القضائية إذا حكموا بها ، فكانوا خير عون للقضاة على التزام العدل وتطبيقه في أحكامهم.

وكذا كان شأن أعوان القاضي ومن يتولى كشف الجرائم ، ويوثق الشهود فكانوا من الاستقامة بمكان يحول بينهم وبين الظلم والتجني .

أما وقد اختلف الزمان والمكان والأشخاص ، فإن اختلاف الحال مؤكد ولا مناص ، فكان لابد من وجود قانون يظهر العدل بكيفية ، ويقيد الالتزام بالحق بصورة ، فيقيد كل من كان فاعلاً في معالجة الجريمة ، بأصول يسيرون عليها من بداية وقوع الجريمة ، وانتهاء بتنفيذ العقاب في فاعليها ، وكل ذلك حتى يضمن ولو إلى حدٍّ معقول العدالة من القاضي ومن متولي كشف الجرائم ومن أعوان القاضي ومن الناس أنفسهم ومن ولي الأمر فوق ذلك كله .

مما سبق أستطيع القول إن المجتمع الإسلامي المثالي أقل المجتمعات حاجة لأصول المحاكمات تقنيناً ، والقضاة العادلون كذلك أقل حاجة لأصول المحاكمات في قانون ؛ إذ إن من القضاة في عصرنا الحاضر من لا يعرف العدالة إلا لأنها مكتوبة في قانون يلزمه بسلوك الطريق إليها .

ثم بعد ذلك لا يدّعي مدّعٍ أن في سنّ قانون لأصول المحاكمات الجزائية تحقيقاً للعدالة المرجوة ، فإنه ومع وجود قانون مرسوم لهذه الأصول إلا أن العدل قد يحترم والعدالة قد لا تحترم ، وهذا ما نلمسه من خلال نظرة سريعة على المحاكم والقضاة في هذا الزمن .

وهذا يقودنا بدوره إلى أمر آخر وحقيقة أخرى ، وهي أن قانون أصول

المحاكمات الجزائية دون عنصر الرقابة الذاتية[1] لا محالة فاشل في تحقيق ما يرجى منه، فإنه وإن كان وجوده أقل ضرراً من انعدامه ، إلا أنه لا يؤدي الدور المطلوب على وجهه الأكمل .

فانحسار الأمانة ونزولها في جذر قلوب الرجال كما أخبر المصطفى عليه الصلاة والسلام[2] ، اقتضت أن يتأثر بها كل قطاعات المجتمع ومن ضمنها وعلى رأسها القضاء وعملية التقاضي ، فإن الرقابة الذاتية المتمثلة في جوهر العقيدة ، ومن ورائه سياج العبادة والتعامل الشرعي الصحيح ، كانت لتوفر على الأمة كثيراً من الوقت والجهد والمال ، أما وقد خبت أنوار هذه الجوهرة ، وانهدم السياج ، صدق فينا قول الله تعالى : ﴿ وَمَنْ أَعْرَضَ عَن ذِكْرِي فَإِنَّ لَهُۥ مَعِيشَةً ضَنكًا وَنَحْشُرُهُۥ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ أَعْمَىٰ ﴿١٢٤﴾ قَالَ رَبِّ لِمَ حَشَرْتَنِىٓ أَعْمَىٰ وَقَدْ كُنتُ بَصِيرًا ﴿١٢٥﴾ قَالَ كَذَٰلِكَ أَتَتْكَ ءَايَٰتُنَا فَنَسِيتَهَا ۖ وَكَذَٰلِكَ ٱلْيَوْمَ تُنسَىٰ﴾[3].

فإذا تصدع النظام القضائي وكذا العقابي ، فأنّى لهذه القوانين أن تؤدي دورها بعيداً عن تلك الرقابة وذلك الدين ؟

ثم إن القانون والتقنين سلطان على الناس ، ولا قيمة للحق بلا سلطان ، وهذا ما قرره العلماء في تفسيرهم لقول الله تعالى - حكاية عن نبيه ﷺ - : ﴿ وَٱجْعَل لِّى مِن لَّدُنكَ

---

(١) مما يؤيد ذلك أن الله تعالى أعقب صفة السمع والبصر أمر ولي الأمر بالعدل فقال تعالى : ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعًۢا بَصِيرًا﴾ فقال المفسرون : أي إن الله سميع وبصير بأقوالكم وأحكامكم وما تفعلون في الأمانات . (القرطبي/ الجامع لأحكام القرآن/ ج٢ص٢٠٥) .

(٢) نصه في البخاري فيما يرويه حذيفة بن اليمان رضي الله عنه : « إن الأمانة نزلت في جذر قلوب الرجال ... » الحديث . (البخاري/ كتاب الرقاق/ باب رفع الأمانة/ ح١٤٣/ وفي ثلاثة كتب أخرى) (مسلم/ كتاب الإيمان/ باب رفع الأمانة والإيمان من بعض القلوب وعرض الفتن على القلوب/ ح١٤٣) (الترمذي/ كتاب الفتن/ باب ما جاء في رفع الأمانة/ ح٢١٧٩) (ابن ماجه/ كتاب الفتن/ باب ذهاب الأمانة/ ح٤٠٥٣) (أحمد/ عن حذيفة بن اليمان/ ح٢٢٧٤٤) .

(٣) (سورة طه ، آية رقم ١٢٤-١٢٦) .

سُلۡطَٰنٗا نَّصِيرٗا ﴾[١].

فقال المفسرون : « وكأنه ﷺ علم أنه لا طاقة له بهذا الأمر إلا بسلطان ، لأنه لا بد مع الحق من قهر لمن عاداه وناوأه ، ولهذا يقول تعالى : ﴿ لَقَدۡ أَرۡسَلۡنَا رُسُلَنَا بِٱلۡبَيِّنَٰتِ وَأَنزَلۡنَا مَعَهُمُ ٱلۡكِتَٰبَ وَٱلۡمِيزَانَ لِيَقُومَ ٱلنَّاسُ بِٱلۡقِسۡطِۖ وَأَنزَلۡنَا ٱلۡحَدِيدَ فِيهِ بَأۡسٞ شَدِيدٞ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعۡلَمَ ٱللَّهُ مَن يَنصُرُهُۥ وَرُسُلَهُۥ بِٱلۡغَيۡبِۚ ﴾[٢]. وفي الأثر : « إن الله ليزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن »[٣] ، أي ليمنع بالسلطان عن ارتكاب الفواحش والآثام ما لا يمنع كثيراً من الناس بالقرآن وما فيه من الوعيد الأكيد والتهديد الشديد، وهذا هو الواقع »[٤] .

وأختم هذا الباب بقول لسيدنا عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه : « سيحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور »[٥] .

وعلّق الإمام القرطبي[٦] على ذلك بقوله : ولا نشك أن قضاة زماننا وشهودهم وولاتهم وأمناءهم لو كانوا في العصر الأول ما وُلُّوا ولا عرج عليهم ،

---

(١) (سورة الإسراء ، آية رقم ٨٠) .

(٢) (سورة الحديد ، آية رقم ٢٥) .

(٣) هذا الأثر لم يرد ذكره في أي من كتب السنة المطهرة بإسناد عن النبي ﷺ ، ولم يذكر أنه حديث سوى (ابن كثير/ تفسير ابن كثير/ ج٣ص٦٠) و (الشوكاني/ فتح القدير/ ج٣ص٢٥٢) . أما أنه أثر موقوف على صحابي ، فذكره أكثر من واحد (الخطيب/ تاريخ بغداد/ ج٤ص١٠٧) أنه عن عمر بن الخطاب ، وفي (تفسير القرطبي/ ج٦ص٣٢٥) و (ج١٣ص١٦٨) أنه عن عثمان بن عفان رضي الله عنه ، بلفظ : « ما يزع الإمام أكثر مما يزع القرآن » ، وذكر مثله ابن عبد البر في (التمهيد/ ج١ص١١٨) عن عثمان ابن عفان رضي الله عنه .

(٤) (الشوكاني/ فتح القدير/ ج٣ص٢٥٢) (ابن كثير/ تفسير ابن كثير/ ج٣ص٦٠) .

(٥) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٥٣) .

(٦) القرطبي : أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الأندلسي القرطبي ، المفسر ، كان من عباد الله الصالحين والعلماء العارفين الورعين الزاهدين ، له كتاب التذكرة بأمور الآخرة ، وكتاب شرح التقصي ، وكتاب قمع الحرص بالزهد والقناعة ، ورد ذل السؤال بالكتب والشفاعة . (ابن فرحون/ الديباج المذهب/ ص٣١٧) .

وولاية هؤلاء في مثل ذلك العصر فسوق ، فإن خيار زماننا هم أراذل ذلك الزمان ، وولاية الأراذل فسوق ، فقد حسن ما كان قبيحاً ، واتسع ما كان ضيقاً ، واختلفت الأحكام باختلاف الأزمان[1] . والقاعدة الشرعية تقول : « التكليف مشروط بالإمكان »[2] .

---

(١) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٧) .

(٢) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٧) .

الفصل الثاني

أصول المحاكمات الشرعية الجزائية السابقة للدعوى

بعد أن تحدد مفهوم أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، أبدأ بتفصيل هذه الأصول .

وقد سبق لنا القول بأن أصول المحاكمات الشرعية الجزائية تعالج الجريمة التي تقع في المجتمع المسلم للانتصار لحق الله تعالى من فاعلها ، وأن مراحل تطبيق أصول المحاكمات الشرعية الجزائية لا بد وأن تتماشى مع التسلسل المنطقي في التعامل مع الجريمة ، فناسب أن أبدأ بذكر الأصول التي تكون سابقة على الدعوى الجزائية، وتليها الأصول اللازمة في رفع الدعوى ، ثم الأصول التي تعمل بها المحكمة أثناء المحاكمة ونظر الدعوى ، ثم الأصول التي تعقب إصدار الحكم .

فكان عنوان هذا الفصل: أصول المحاكمات الشرعية الجزائية السابقة للدعوى، ليشير إلى أن هناك إجراءات تسبق الدعوى وهناك من يقوم بهذه الإجراءات .

وإنه لمن الضرورة بمكان الإشارة إلى أن بعض الموضوعات التي ستُطرق في هذا الفصل وربما في غيره لها ارتباط بواقعنا مما يجعلها عرضة لأحكام مسبقة، أو ربما يكون لها انطباعٌ خاصٌ في نفس القارئ ، فلا بد من معرفة حقيقة هذه المواضيع في ضوء ما شرعت له وفيه ، ومن ذلك الشرطة ، والتوقيف ، وحبس التهمة ، وضرب التهمة .

فالذي يتبادر إلى الذهن صورة الواقع الذي نعيشه من اعتقال بالباطل وضرب بالتهمة بلا دليل ، بل وبلا تهمة ، وخصوصاً ضد أصحاب الرأي والفكر ، مما

تمارسه الجهات المكلفة أصلاً بمكافحة الجريمة ، والموصوفة بالأمنيّة. وكل ذلك بحجة أن هذا الفعل ممنوع أو محرّم .

فيقفز إلى ذهن القارئ حكمٌ بلزوم أن تمنع الشريعة ذلك -وهي بلا شك تمنعه على هذه الصورة- ، ثم يتفاجأ أن الشريعة لها فيه قول آخر -لكنه بصورة أخرى في واقع الحال- فيصير إلى نقد الشريعة والطعن في أحكامها .

والوقوع في الأحكام المسبقة نتيجة الواقع وقع فيه بعض العلماء السابقين في حديثهم عن الشرطة وأعوان الولاة ، فتجدهم يشنعون عليهم وينقمون منهم، ذلك أن واقعهم يفرض ذلك، وما استطاعوا أن ينفكوا من ربقة واقعهم ، فحكموا بفساد الشرطة وأنهم أراذل الناس، وأن مصيرهم إلى النار لا محالة . وسنورد أمثلة على ذلك خلال المبحث القادم إن شاء الله تعالى .

إلا أن المتمعن في الأمور يرى أن الشرطة وأعوان الولاة ضرورة لا بد منها لكل حاكم ، فلا يتصور وجود سلطة دونهم ، إذ إنهم يد الإمام ، وقوته في تنفيذ الأحكام ، وقد قال العلماء في ذلك : « لا بد مع الحق من قهر لمن عاداه وناوأه »[1] .

والذي لا بد من التنبيه عليه ، أن القانون الذي يُحبس بموجبه المتهم ، أو الذي تمارس الشرطة من خلاله دورها هو قانون الشريعة ، وقانون الشريعة أقصد به إعمال الشريعة في كل أمور الحياة ، حتى توجد جواً سليماً يبعث على الطمأنينة ، ويبعد احتمالية التجني والظلم .

أما في الأجواء الموبوءة ، فإن احتمالية العدالة بعيدة ، وإمكانية إحقاق الحق غير أكيدة .

وقد وجدت الإمام الماوردي رحمه الله يقول بخصوص هذا المعنى ما نصه:

« والحسبة من قواعد الأمور الدينية ، وقد كان أئمة الصدر الأول يباشرونها

---

(١) (الشوكاني/ فتح القدير/ ج٣ص٢٥٢) (ابن كثير/ تفسير ابن كثير/ ج٣ص٦٠) .

بأنفسهم لعموم صلاحها ، وجزيل ثوابها ، ولكن لما أعرض عنها السلطان ، وندب لها من هان ، وصارت عرضة للتكسب ، وقبول الرشا ، لان أمرها ، وهان على الناس خطرها ، **وليس إذا وقع الإخلال بقاعدة سقط حكمها** »[1].

فحصول الإخلال بقاعدة حفظ الأمن لا يسقط حكمها ؛ فالحديث يوضع في نصابه وهو أمة إسلامية وحكومة إسلامية وقانون إسلامي وشرطة إسلامية ونيابة إسلامية ، حتى تصح النظرة ، وتصيب الفكرة .

وقد جاء هذا الفصل في مبحثين :

المبحث الأول : ولاية الجرائم .

المبحث الثاني : التحقيق الابتدائي .

وفيما يأتي تفصيل هذين المبحثين .

---

(١) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣٢٢) .

المبحث الأول

ولايـــة الجـــــرائم

عند حصول الجريمة في المجتمع المسلم ، فإن جملة من الإجراءات يقوم بها ولي الأمر لمعرفة الفاعلين والقبض عليهم والتحقيق معهم ومعرفة أقوالهم وإفاداتهم بهذا الشأن.

وقد سُلّط على ذلك أشخاص محدّدون ، وصفتهم النصوص الشرعية بوصف السلطان . وفهم الصحابة الكرام أنهم ليسوا فرداً بل هم جماعات ، كما ورد في الحديث الشريف : عندما جاء رجل إلى رسول الله ﷺ وقال : يا رسول الله ، أرأيت إن جاء رجل يريد أن يسرقني أو يأخذ مني، ما تأمرني به؟ قال : « تعظم عليه بالله »، قال : فإن فعلت فلم ينته . قال : « تستعدي السلطان » ، قال : فإن لم يكن بقربي منهم أحد ؟ قال : « تجاهده أو تقاتله حتى تكتب في شهداء الآخرة أو تمنع مالك » [1].

فإن رسول الله ﷺ أمره أن يستعدي عليه السلطان ، واللفظ يحتمل الواحد وهو الإمام ، ويحتمل الجماعة وهم أعوان السلطان ، فكان فهم الصحابي أنهم كثير، فقال : فإن لم يكن بقربي منهم أحد ، وكان ذلك بمحضر رسول الله ﷺ ، فكان إقراراً على فهمه . فدلّ على أن كل من له ولاية يصح أن يسمى سلطاناً .

وتسمي كتب الفقه هؤلاء المسلطون على هذه الأعمال بالوالي ، والولاة.

---

(١) (النسائي/ تحريم الدم/ باب ما يفعل من تعرض لماله/ ح٤٠٨١) (أحمد/ عن مخارق بن سليم الشيباني/ ح ٢٢٠٠٧ ، ٢٢٠٠٨) (النسائي/ السنن الكبرى/ ج٢ص٣٠٨/ ح٣٥٤٤) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥/ ص٤٦٨/ ح٢٨٠٤٣) (مصنف عبد الرزاق / ج١٠ص١١٦/ ح٢٨٥٧٢) (الطبراني/ المعجم الأوسط/ ج٢ص١٧٠/ ح١٦١١) (الطبراني / المعجم الكبير/ ج٢٠ص٣١٣، ٣١٤/ ح٧٤٦، ح٧٤٧) .

وللولاية معان كثيرة ؛ منها : النصرة ، أو الخطة ، أو الإمارة ، أو السلطان . وشرعاً : « تنفيذ الحكم على الغير شاء أو أبى » [1].

أو أنها : قوة شرعية يملك صاحبها التصرف في شؤون غيره[2] .

أما الذي نقصده بالولاية في هذا المبحث فهو: « السلطة التي يمنحها الإمام للقيام بعمل ما » .

والقارئ في كتب الفقه يجد أن للولاية أنواعاً كثيرة ؛ يقول ابن العربي في أحكام القرآن :

« وقد رام بعض الشافعية أن يحصر ولايات الشرع ، فجمعها في عشرين ولاية، وهي الخلافة العامة ، والوزارة ، والإمارة في الجهاد ، وولاية حدود المصالح ، وولاية القضاء، وولاية المظالم، وولاية النقابة على أهل الشرف، والصلاة، والحج، والصدقات، وقسم الفيء، والغنيمة ، وفرض الجزية ، والخراج ، والموات وأحكامه ، والحمى ، والإقطاع ، والديوان ، والحسبة » [3].

---

(١) انظر : (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٥ص٤٦٥) (البابرتي/ العناية /ج٣ص٢٠٠) (التفتازاني/ شرح التلويح على التوضيح/ ج٢ص٢١) (ابن أمير الحاج/ التقرير والتحبير/ ج٢ص١٨٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٣ص١١٧) (البخاري/ كشف الأسرار/ ج٢ص٣٥٠) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج١ ص٤٥٥) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٣ص٥٥) .

(٢) (علي الشرقاوي/ الولايات وأحكام القضاء في الإسلام/ ص٤، ٥) .

(٣) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٤ص٥٠) .

والملاحظ أنها تسعة عشر ولاية ، ولكن بعد الرجوع إلى الكتاب وإلى شرحه لهذه الولايات وجدت أن الولاية التي نسيها هي ولاية الحدود ، وهي مختلفة عن ولاية حدود المصالح . انظر (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٤ ص٥) .

ولكن الولايات في الفقه أكثر من ذلك ، فهناك ما يُعرف بوالي البلد ، وقد ورد ذكره عند كثير من العلماء[1] ، ويقصد به مالك أمرها[2] .

وورد في كتب المالكية والٍ اسمه والي المياه[3] ، ولهم في تفسيره قولان :

الأول : أنهم من أهل البوادي الذين يسكنون على المياه ، بخلاف أهل الأمصار[4] .

وهم بهذا نوع جديد من الولاة ، ممن يحكم عند بُعد الإمام عن البوادي، فيكون رئيس العشيرة أو القبيلة والياً .

الثاني : أنهم جباة الزكاة ، وسُمُّوا بذلك لأنهم يخرجون عند اجتماع أهل الماشية على المياه ليأخذوا منهم الزكاة[5] .

وهم بهذا المعنى يماثلون والي الصدقات الذي ذكره ابن العربي .

---

(١) انظر : (ابن قدامة/ المغني/ ج٧ص١٣) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص١٣٨) (الباجي/ المنتقى/ ص١٣٧، ١٣٨) (النووي/ المجموع / ج٨ص٢٦٤) (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص١٢٣) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٤ص ٣١٧/ ج٥ص١٧٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٢٧٤) (المرداوي/ الإنصاف/ ج٨ص٧١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج١ص٢٢١) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٢ ص٣٠٠) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج١ ص٤٨٩) .

(٢) انظر : (المطرزي/ المغرب/ ص٤٩٦) .

(٣) ترد عبارة والي المياه عند المالكية في مسألة زوجة المفقود وأحكامها .
انظر : (النفراوي/ الفواكه الدواني/ ج٢ص٤١) (حطاب/ مواهب الجليل/ ج٤ص٥٥) (العدوي/ حاشية العدوي/ ج٢ص٦٤) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٥ص٤٩٥) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٤ ص١٤٩) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٢ص٤٧٩) (عليش/ فتح العلي المالك/ ج٢ص٢٣) (عليش/ منح الجليل/ ج٤ص٣١٧، ٣١٨).
وفي مسألة من يتولّى الحجْر . (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٥ص٢٩٩) .

(٤) انظر : (حطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٣٧) .

(٥) انظر : (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٢ص٤٧٩) (النفراوي/ الفواكه الدواني/ ج٢ص٤١) (الدردير/ الشرح الكبير/ ج٢ ص٤٧٩) .

وهناك ولاية الإفتاء[1] ، وولاية العهد كذلك . وكلها من أنواع الولايات الشرعية .

أما الغرض من هذه الولايات ، فهو كما يقول الإمام ابن تيمية :

« والمقصود الواجب بالولايات إصلاح دين الخلق الذي متى فاتهم خسروا خسراناً مبيناً، ولم ينفعهم ما نعموا به في الدنيا ، وإصلاح ما لا يقوم الدين إلا به من أمر دنياهم »[2].

يقول سيدنا علي رضي الله عنه في ذلك : « لا بد للناس من إمارة بَرَّةٍ أو فاجرة . فقيل : يا أمير المؤمنين ، هذه البَرَّة قد عرفناها ، فما بال الفاجرة ؟ فقال : تقام بها الحدود ، وتأمن بها السبل ، ويجاهد بها العدو ، ويقسم بها الفيء »[3].

أما الولاية التي تهمنا هنا فهي الولاية التي تختص بالكشف عن الجرائم، وتحديد الفاعلين، واستجوابهم ، وأخذ أقوالهم ، والتحقيق معهم ، ورفعهم للقضاء.

وهذه الولاية وإن كانت في باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر -وهي مهمة كل مسلم ومكلف[4]- إلا أن الدولة الإسلامية وظفت من أفراد الأمة من يقوم بهذه المهمة وتحديداً في الجرائم ، وهي تابعة لوزير التنفيذ كما قسم العلماء

---

(١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٢٨٣) (النووي/ المجموع شرح المهذب/ ج١ص٧٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٨٦) .

(٢) (ابن تيمية/ السياسية الشرعية/ ص٢٣) .

(٣) (الهيثمي/ مجمع الزوائد ومنبع الفوائد/ ج٥ص٢٢٢) عن عبد الله بن مسعود ، (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١٠ ص١٣٢) عن عبد الله بن مسعود، (البيهقي/ سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص١٨٤) عن علي رضي الله عنه ، وفي معناه ما روي في (مسند أبي يعلى/ ج٣ص٥٧/ ح١٤٨١) وفي (ج٧ ص١٦٣/ ح٤١٦٣) .

(ابن تيمية/ السياسة الشرعية/ ص٨٧) .

(٤) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٨٠) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٧٩) .

الوزارات والإمارات[1] .

أما مصطلح ولاية الجرائم فقد اقتبسته من الإمام ابن فرحون عندما قال: « الفرق بين نظر القاضي ونظر والي الجرائم »[2] .

ومثله عند الطرابلسي في معين الحكام ، إلا أنه مأخوذ عن ابن فرحون بالحرف[3] .

ومصطلح والي الجرائم -كما فهمت من المهام الموكولة إليه- هو الذي وكل إليه أمر النظر في الجرائم ، وهو ما يماثل مصطلح « الضابطة العدلية » أو « الضابطة القضائية » في القانون الوضعي[4] ، على نحو أشمل وأوسع وأكثر سهولة في حل المشكلات .

وقد أدرجت في ولاية الجرائم كل من له ولاية أو سلطة للتعامل مع الجرائم

---

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٢١) .

والوزارة : ولاية شرعية ، وهي عبارة عن رجل موثوق به في دينه وعقله يشاوره الخليفة فيما يعن له من الأمور. (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٤ص٥٠) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٤٩) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٥) .

(٣) كتاب ابن فرحون كتاب نفيس وصاحبه إمام عظيم قلّ مثيله وعز نظيره ، وقد نقل عنه بالحرف الإمام علاء الدين الطرابلسي الحنفي في معين الحكام ، ولكنه لم يشر إلى صاحبه ، ولم يرد أنه نسبه لابن فرحون أو للتبصرة ولو بالإشارة . والعجيب أنه قال في كتابه: « ولم أزل باحثاً عن أسرار العوالم وحقائق الموجودات ومنعماً أحكام النظر في الحدود والبراهين القاطعات ، وصارفاً قواي العقلية نحو المدارك الحقيقية غير مقلد إلا المعقولات اليقينية، ولم أقف على تأليف أغنى فيه باستيعاب الكشف عن غوامض هذا الفن ودقائقه » . (معين الحكام/ ص٢١٣) .

فإذا علمنا أن الإمام ابن فرحون توفي في ٧٩٩هـ ، وأن الطرابلسي توفي في ٨٤٤هـ ، علمنا أن الأسبق هو ابن فرحون ، وإذا قال ابن فرحون في كتابه . وقال في معين الحكام ، فإنه يقصد معين الحكام لابن عبد الرفيع . انظر : (التبصرةج٢ص٢٨) فقد نص على ذلك في أكثر من موضع ، وفي بعض المواضع يقول في معين الحكام فقط دون إشارة .

(٤) (نقابة المحامين/ عمان/ تشريعات المحاكم وأصول المحاكمات/ ص١٢٩) (محمد الفاضل/ الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية/ ص٧١) .

كشفاً وملاحقة وتحقيقاً ، فوجدت أنهم ثلاثة أنواع ، وهم بهذا يمثلون جزءاً من السلطة القضائية الذين ورد ذكرهم في تعريف أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، وهو « إجراءات شرعية تحدد اختصاص السلطة القضائية ونشاطها في كل ما يفيد في نسبة الجرائم -التي لله فيها حق- إلى فاعلها والحكم عليه وتنفيذ الحكم وطرق الطعن في الحكم وإعادة المحاكمة وأثر المخالفة في ذلك كله » .

وهذه الولاية هي :

١ - ولاية الشرطة .

٢ - ولاية الحسبة .

٣ - ولاية المظالم .

أما ولاية الحدود التي ذكرتها الكتب الفقهية[١] فهي التي يقصد بها الفقهاء سلطة إقامة وتنفيذ الحدود ، وهي ليست لها علاقة بالكشف عن المجرمين أو إلقاء القبض عليهم أو التحقيق معهم ، وبذا تكون خارج حدود مبحثنا هذا .

والجرائم وإن كانت في حد ذاتها من المنكرات ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر -كما أسلفت- واجب على كل مسلم ومسلمة، إلا أن من أنواع القيام بذلك ما يدعو إلى القهر والاستيلاء والعقوبة وإقامة الحدود ، وأشباه ذلك مما لا ينبغي أن يفعله إلا الولاة والحكام[٢] .

فالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يختص بهم ، إلا أنهم الأقدر عليه، وقولهم فيه أنفذ[٣]. والذي يظهر كذلك أن التعامل مع الجريمة لم يكن محدداً بجهة واحدة خاصة ، وإنما كان لأكثر من جهة .فالولايات التي سنتحدث عنها من

---

(١) انظر : (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ ص١٦١) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٣ص١٧١) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٤ص٥٠، ٥٣) (العنسي/ التاج المذهب/ ج٤ص٢٠٧) .

(٢) انظر : (ابن المناصف/ تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام/ ص٣١٠) .

(٣) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٧٩) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٧٨) .

اختصاصاتها التعامل مع الجريمة دفعاً ورفعاً.

والتعامل مع الجريمة -في المقام الأول- مهمة الولاة جميعاً ؛ فالولاة عند انفرادهم لهم الحق في إلقاء القبض على الفاعلين ، ولهم ضبط الجريمة ، وكل هذا بموجب ولايتهم ، ولو أنه منع من ذلك إلى حين وصول الوالي المختص ، فإنه يؤدي إلى ضياع الحقوق ، سواء بفقد الجاني أو فقد ما يدل عليه ، كأدوات الجناية التي يتعرف منها على وقائع الأفعال .

فالأصل الذي يجمع الولايات الإسلامية أن مقصودها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر[1] . وهذا من واجب الولاة كذلك .

إلا أن لهؤلاء الولاة مراتب ودرجات في الأولوية في التعامل مع الجريمة عند اجتماعهم ، فإذا حضروا جميعاً كانت الأولوية للألصق بالجريمة موضوعاً ، وإذا غابوا فينوب أحدهم مكانهم جميعاً .

وهذا له شبه في نصوص أصول المحاكمات الجزائية الوضعية ، ومنها القانون الأردني حيث ورد في المادة التاسعة من أصول المحاكمات الجزائية فيه ما نصه :

« يساعد المدعي العام في إجراء وظائف الضابطة العدلية :

الحكام الإداريون ، مدير الأمن العام ، مديرو الشرطة ، رؤساء المراكز الأمنية، ضباط وأفراد الشرطة ، الموظفون المكلفون بالتحري والمباحث الجنائية، المخاتير ، رؤساء المراكب البحرية والجوية .

وجميع الموظفين الذين خولوا صلاحيات الضابطة العدلية بموجب هذا القانون والقوانين والأنظمة ذات العلاقة »[2].

وفي المادة العاشرة من القانون ذاته يقول :

« لنواطير القرى العموميين والخصوصيين وموظفي مراقبة الشركات ومأموري الصحة ومحافظي الجمارك ومحافظي الحراج ومراقبي الآثار ، الحق في ضبط المخالفات

---

(١) انظر : (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص١٩٩) .

(٢) (نقابة المحامين/ عمان/ تشريعات المحاكم وأصول المحاكمات/ ص١٢٩، ١٣٠) .

وفقاً للقوانين والأنظمة المنوط بهم تطبيقها ، ويودعون إلى المرجع القضائي المختص المحاضر المنظمة بهذه المخالفة »[1].

وهؤلاء الولاة تختلف مهامهم عن القاضي ، وسيظهر ذلك في الحديث عن مهامهم فيما بعد .

وتسهيلاً لدور هؤلاء الولاة في الكشف عن الجريمة ومكافحتها ، فقد نص الفقهاء على عقوبة لمن تعرض للولاة ولرجال الولاية ؛ يقول ابن فرحون:

« فمن تكلم بكلمة لغير موجب في أمير من أمراء المسلمين لزمته العقوبة الشديدة ، ويسجن شهراً ، ومن خالف ما حكم به القاضي عوقب إذا لم يرض بالحكم ، إلا أن يتبين الجور في الحكم ، ومن خالف أميراً وقد كرر دعوته ، لزمته العقوبة بقدر اجتهاد الإمام »[2].

« ومن استهان بدعوة القاضي أو الحاكم ولم يُجب ضرب أربعين »[3].

واستدلوا على ذلك بقول النبي ﷺ في حادثة الإفك : « من يعذرني في رجل قد بلغ أذاه في أهل بيتي »[4]؛ ومعناه : من يقوم بعذري إن كافأته على قبيح فعله ولا يلمني ، وقيل معناه: من ينصرني والعذير الناصر . وفيه اشتكاء ولي الأمر إلى المسلمين من يتعرض له بأذى في نفسه أو أهله أو غيره ، واعتذاره فيما يريد أن يؤدبه به[5].

أما إن رأى الإمام -لمصلحة يعلمها- أن العفو خير فله ذلك ؛ كما فعل النبي

---

(١) (نقابة المحامين/ عمان/ تشريعات الحاكم وأصول المحاكمات/ ص١٢٩، ١٣٠) (نقابة المحامين/ عمان/ مجموعة التشريعات الجزائية/ ص٨-٩) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٣٠٢) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٣٠٢) .

(٤) (البخاري/ الشهادات/ باب تعديل النساء بعضهن بعضاً/ ح٢٦٦١) (مسلم/ التوبة/ باب في حديث الإفك وقبول توبة القاذف/ ح٢٧٧٠) (أحمد/ عن عائشة/ ح٢٥٠٩٥) (الترمذي/ تفسير القرآن/ باب من سورة النور/ ح٣١٨٠) .

(٥) (العراقي/ طرح التثريب/ ج٨ص٦٠) .

ﷺ مع من أساء الأدب بحقه ﷺ حين قال خصم الزبير : « أن كان ابن عمتك »[1]؛ فإن النبي ﷺ ترك تأديبه مع أنه يستحقه ، وعفا عن القائل : « إن هذه لقسمة ما أريد بها وجه الله »[2].

وذكر العلماء أنه يستحب لولاة الأمور التخلق بهذا ، فلا ينتقم لنفسه ولا يهمل حق الله تعالى[3] .

أما الجرائم التي نقصدها بالتتبع والاستقصاء فهي التي لله فيها حق ، ولها صفة أخرى ، أنها مما أغلظ الشرع فيها العقوبة ، إما في الدنيا أو الآخرة أو كليهما معاً ؛ فيدخل في ذلك جميع عقوبات الحدود ، والقصاص ، ويدخل -مما سوى الحدود والقصاص- ترك الصلاة ، والسِّحْر ، والربا ، والتجسس ، فهي جرائم من غير الحدود ، وغيرها كثير ، يترك أمر تحديدها للشق الثاني من القواعد الجزائية .

ويمكن أن توصف كذلك بالكبائر ، التي أغلظ الشرع في الجزاء عليها في الدنيا والآخرة .

وهذا كله يوضح معنى كلمة جزائيات الواردة في عنوان الرسالة ؛ فهذه الجزائيات تجعل لولي الأمر الحق في الكشف عنها والتحقيق فيها وضبط الفاعلين لها نيابة عن الأمة .

ولبيان دور كل ولاية في تعاملها مع الجريمة التي لله فيها حق ، فقد أفردت لكل ولاية مطلباً تناولت فيها مفهومها ومشروعيتها ودورها ومهامها .

---

(١) (البخاري/ المساقاة/ باب سكر الأنهار/ ح٢٣٦٠- وفي كتاب العلم وتفسير القرآن) (مسلم/ الفضائل/ باب وجوب اتباعه ﷺ/ ح٢٣٥٧) (الترمذي/ الأحكام/ باب ما جاء في الرجلين يكون أحدهما أسفل من الآخر في الماء/ ح١٣٦٣/ وقال حديث حسن صحيح) (النسائي/ آداب القضاة/ باب الرخصة للحاكم الأمين أن يحكم وهو غضبان/ ح٥٤٠٧، ٥٤١٦) (أبو داود/ الأقضية/ باب في القضاء/ ح٣٦٣٧) (ابن ماجه/ المقدمة/ باب تعظيم حديث رسول الله والتغليظ على من عارضه/ ح١٥) (أحمد/ عن ابن الزبير/ ح١٤٢٢، ١٥٦٨٤) .

(٢) (البخاري/ فرض الخمس/ باب ما كان يعطي النبي ﷺ المؤلفة قلوبهم/ ح٣١٥٠) (مسلم/ الزكاة/ باب إعطاء المؤلفة قلوبهم/ ح١٠٦٢) (أحمد/ عن عبد الله بن مسعود/ ح٣٥٩٧، ٣٧٥٠، ٣٨٩٢، ٤١٣٧) .

(٣) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ص١٠٤) .

فكانت مطالب هذا المبحث كما يلي :

المطلب الأول : ولاية الشرطة .

المطلب الثاني : ولاية الحسبة .

المطلب الثالث : ولاية المظالم .

وتفصيل هذه المطالب فيما يأتي .

المطلب الأول

ولايـــة الشرطـــة[1]

الشُرْطَة : وزان غُرْفَة ، وبفتح الراء توزن بـ رُطَبَة ، وهي لغة قليلة[2] .

وصاحب الشرطة : أميرهم أو الحاكم أو كبير الشرطة[3] .

---

(١) الأشراط هي أوائل الأشياء ، ومنه أشراط الساعة ، أي أوائلها ومقدّماتها . وشرطة كل شيء خياره ، وهم نخبة السلطان من جنده .

وأشرط فلان نفسه لكذا وكذا ، أعلمها له وأعدّها ، ومنه سمي الشرط ؛ لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها ، وقيل : هم أول كتيبة تشهد الحرب وتتهيأ للموت ، وفي حديث ابن مسعود : « وتشترط شرطة للموت لا يرجعون إلا غالبين » وهم أول طائفة من الجيش تشهد الوقعة . (مسلم/ الفتن وأشراط الساعة/ باب إقبال الروم في كثرة القتل عند خروج الدجال / ح٢٨٩٩) (ابن حبان/ الصحيح/ ج١٥ص١٩٢/ ح٦٧٨٦) (أحمد/ عن عبد الله بن مسعود/ ح٤١٣٥) (المباركفوري/ تحفة الأحوذي/ ج١٠ص٢٣٦) (الحاكم/ المستدرك/ ج٤ص٥٢٣) (مسند الطيالسي/ ص٥١/ ح٣٩٢).

ومعنى تشترط شرطة للموت ، أي يتعاقدون على أن لا يفروا ولو ماتوا . انظر : (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٨ ص٣١٣). وانظر (الفراهيدي/ العين/ ج٦٢٣٥) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٧ ص٣٣٠) (المطرزي/ المغرب/ ص٢٤٨) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص٣٠٩) (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٨ص٣١٢) .

(٢) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص٣٠٩) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٦٨) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٦ص٢٠١) .

وتجمع على شُرَطْ بوزن رُطَبْ ، والنسبة إلى الشرطة : شُرْطِي . (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٦٨) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٧ص٣٣٠) (الفراهيدي/ العين/ ج٦ ص٢٣٥).

(٣) (النسفي/ طلبة الطلبة/ ص١٣٤) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص٣٠٩) (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٨ ص٣١٢) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص٨٨) .

وقيل : يراد به أمير البلدة[1] . وقد يطلق عليه البعض قاضي الشرطة[2].

إلا أن الأحسن هو صاحب الشرطة[3] ؛ تمييزاً له عن القاضي .

وقد ذكر الفقهاء أن سبب تسميتهم بذلك؛ كونهم لهم شُرَطٌ أي علامات يتميزون بها[4].

وتختلف العلامات من زمن إلى زمن، ومنها لبس السواد، كما ذكرت بعض المصادر[5].

وقد وردت لفظة الشرطي والشرطة والشرط في العديد من كتب الفقه ومن شتى المذاهب الفقهية[6] .

أما الصورة التي ترتسم لأفراد الشرطة غالباً فهي صورة سيئة ، ولعل السبب في ذلك هو تاريخ الشرطة في مساندة الحكام المتجبرين الظالمين ، مما جعل الإنكار

---

(١) (المطرزي/ المغرب/ ص٢٤٨) .

(٢) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٦ص٢٠١) .

(٣) (العدوي/ حاشية العدوي/ ج٦ص٢٠١) .

(٤) انظر : (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٨ص٣١٣) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٦ص٢٠١) (العنسي/ التاج المذهب/ ج٤ ص٢٨٦) . وفي التاج المذهب يقول : « إن المالك إذا أفزع اللص بأن يلبس لباساً منكراً مفزعاً ولو معتاداً لغيره كلبس الجندي أو الشرطي ... » ، فدل على أن للشرطي لباساً خاصاً يتميز به ، وكذلك الجندي .

ومنه قول الإمام العدوي في حاشيته : « وشرطة : أي أمارة متعلقة بشرطة في ملبسهم ، أي علامة يتميزن بها عن غيرهم كالجاويش في مصر ». (العدوي/ حاشية العدوي/ ج٢ص١٤٣).

(٥) انظر : (النسفي/ طلبة الطلبة/ ص١٣٤) .

(٦) انظر : (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص١٢٨) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص١٢٥) (حطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٦٣) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٥٣٤) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٢ص١٤٣/ ج٦ص٢٠١/ ج٨ ص٩٠) (العدوي/ حاشية العدوي/ ج٢ص٩٤) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص١٦١/ ج٣ص٥١٦) (اطفيش/ شرح النيل وشفاء الغليل/ ج١٠ص١٩) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٢٥٥/ ج٩ص٢٨٩) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٧٦) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٢ص١٤٢، ١٤٣) (الصاوي/ حاشية الصاوي على الشرح الصغير/ ج٣ص٦٨٠) (البجيرمي/ حاشية البجيرمي على المنهاج/ ج٤ص٣٦٧) .

عليهم وعلى أفعالهم سمة بارزة وعلامة ظاهرة ؛ من ذلك ما يقوله ابن حجر الهيتمي[1] :

« والشرط : ولاة الشرطة ، وهم أعوان الولاة والظلمة الواحد منهم شرطي ، كلاب النار يوم القيامة »[2] .

بل من العلماء من منع مبادأتهم بالسلام وحتى منع رد السلام عليهم[3].

إلا أن للشرطة صوراً مختلفة في أزمان مختلفة، وتحدّث عنها الفقهاء أيضاً؛ من ذلك ما يقوله ابن فرحون : « إن صاحب الشرطة إبراهيم بن حسين بن خالد[4] أقام شاهد زور ... فضربه أربعين سوطاً ... وكان صاحب الشرطة هذا فاضلاً خيّراً فقيهاً عالماً بالتفسير ، ولي الشرطة للأمين محمد ، وكان أدرك مطرف بن عبد الله[5] صاحب مالك ، وروى عنه موطأه يومئذ ، وإن أفعاله يقتدى بها »[6].

---

(١) الهيتمي : أبو العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري ، ولقب بالهيتمي نسبة إلى محلة أبي الهيتم في مصر ، حيث ولد ٩٠٩ هـ وتوفي ٩٧٤هـ في مكة المكرمة ، من مصنفاته : الفتاوى الفقهية الكبرى ، الزواجر عن اقتراف الكبائر ، تحفة المحتاج لشرح المنهاج ، الإمداد في شرح العباب . (حاجي خليفة/ كشف الظنون / ج٢ص٩٥٦) .

(٢) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٠٢) .

(٣) (اطفيش/ شرح النيل وشفاء الغليل/ ج٥ص٣٦٦) . وانظر (الفيومي/ المصباح المنير/ ص٣٠٩).

(٤) إبراهيم بن حسين بن خالد بن مرتيل ، كان فقيهاً ، يكنى أبا إسحاق ، عالم بالتفسير ، لقي مطرف وسحنون ، عالم بالفقه ، بصير بالحجة ، كان صلباً في حكمه ، عدلاً ، له تآليف في تفسير القرآن ، وكان يذهب إلى النظر وترك التقليد . توفي سنة ٢٤٠هـ في رمضان . (ابن فرحون/ الديباج المذهب/ ص٨٤) .

(٥) مطرف بن عبد الله بن مطرف اليساري الهلالي ، من كبار تبع الأتباع ، كنيته أبو مصعب ، أقام في المدينة وتوفي فيها سنة ٢٢٠هـ، وكان مولى ميمونة زوج النبي ﷺ، وأمه أخت مالك، روى عن خاله مالك بن أنس ، وكان به صمم . (البخاري/ التاريخ الكبير/ ج٧ص٣٩٧) (ابن حجر ، تهذيب التهذيب/ ج١٠ص١٥٨) .

(٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٣٠٦) .

ومثله ما رواه الشيزري[1] إذ يقول :

« فقد ذكر أن أتابك سلطان دمشق طلب محتسباً ، فذكر له رجل من أهل العلم ، فأمر بإحضاره ، فلما نظره قال : إني وليتك أمر الحسبة على الناس بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، قال : إن كان الأمر كذلك فقم عن هذه الطراحة[2] وارفع هذا المسند[3] ، فإنهما حرير، واخلع هذا الخاتم فإنه ذهب، وقد قال ﷺ : « إن هذان حرام على ذكور أمتي، حِلٌ لإناثهم »[4]، قال : فنهض السلطان عن الطراحة، وأمر برفع المسند ، وخلع الخاتم من أصبعه ، وقال : ضممت إليك النظر في أمور الشرطة ، فما رأى الناس محتسباً أهيب منه »[5].

ولفظة الشرطة يرادفها مصطلحات عديدة ؛ منها :

١- أعوان الأمير ، أو أعوان الإمارة ، أو صاحب المعونة ، أو أهل المعونة ،

---

(١) الشيزري : عبد الرحمن بن نصر بن عبد الله الشيزري العدوي الشيرازي ، شافعي المذهب ، توفي ٥٨٩هـ ، فقيه مفتي تولى وظيفة القضاء والحسبة في طبرية ، وكان معاصراً لصلاح الدين، من مؤلفاته : نهاية الرتبة في طلب الحسبة ، روضة القلوب ، المنهج المسلوك في سياسة الملوك ، الإيضاح في أسرار النكاح ، خلاصة الكلام في تأويل الأحلام . (حاجي خليفة/ كشف الظنون/ ج٢ص١٩٨٧/ ج١ص٩٣١) (صديق البخاري/ أبجد العلوم/ ج٢ص ١٢٤) .

(٢) الطراحة : ما يفرش تحت الإنسان ، وهذا يفهم من كلام السابقين ، وإلا فهذه اللفظة ليس لها في كتب اللغة وجود . انظر : (الجبرتي/ عجاب الآثار/ ج٣ص٦١٣) (ابن كثير/ البداية والنهاية/ ج١٣ص٧٨) .

(٣) المسند : ما يستند إليه ، وجمعه المساند . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٣ص٢٢٠) .

(٤) (الترمذي/ اللباس/ باب ما جاء في الحرير والذهب/ ح١٧٢٠، وقال حديث حسن صحيح) (النسائي/ الزينة/ باب تحريم الذهب على الرجال/ ح٥١٤٨، بأكثر من رواية) (أبو داود/ اللباس/ باب في الحرير للنساء/ ح٤٠٥٧) (ابن ماجه/ اللباس/ باب لبس الحرير والذهب للنساء/ ح٣٥٩٥، بأكثر من رواية) (أحمد/ عن علي / ح ٧٥٢، ٩٣٧/ عن أبي موسى الأشعري/ ح١٩٠٢١) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص١٥١/ ح٢٤٦٤٥) (الطبراني/ المعجم الأوسط/ ج٨ص١٤/ ح٧٨٠٩) .

(٥) (الشيزري/ نهاية الرتبة في طلب الحسبة/ ص٨) (ابن الأخوة القرشي/ معالم القربة في معالم الحسبة/ ص١٢) .

أو الأعوان[1] .

٢- الشحنة[2] .

٣- الثؤثور أو الأترور[3] .

٤- الجلواز [4].

---

(١) ذكر الفقهاء أن من الأفراد من يعاون الأمير على أمره في إحضار الخصوم والهجوم عليهم والكشف عن أحوال الشهود وغيرها مما يختص بالشرطة ، ونص بعضهم على أن أعوان الأمير هم الشرطة كما في (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٦٨) وفي (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٨ص٣١٣، وقال : والشرط : عَوان الأمير) وفي (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص٨٨، والشرط : أعوان الأمير) .
ومهامهم وردت في (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٦٩) (ج٢ص١٤٩، ١٥٠) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٧٣)(الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٥) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٠٦).

(٢) الشحنة : في البلد هم من فيهم الكفاية لضبطها من جهة السلطان والعداوة .
(الفيروزأبادي/ القاموس المحيط/ ص١٥٦٠) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٦ص١٤١) (منلاخسرو/ درر الحكام/ ج٢ ص١٢٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص١٧٣) .
وكان القائد صلاح الدين الأيوبي قد تولى وظيفة الشحنة لمدينة دمشق سنة ٥٤٩هـ/ ١١٥٤م .
(علي علي المصري/ وظيفة الشرطة في النظم الوضعية والشريعة الإسلامية/ ص٢٠) (الحموي/ غمز عيون البصائر على الأشباه والنظائر/ ج٢ص٢٠٩) (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج١٥ص١١٧) (ابن بطوطة/ رحلة ابن بطوطة/ ج٣ص٤٨٧) .

(٣) وردت الكلمتان بمعنى الشرطي في قول الدهناء :
والله لولا خشية الأمير ∴ وخشية الشرطي والثؤثور
والثؤثور : الجلواز . انظر (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٤ ص٩١) .
وقال آخر : أعـوذ بـالله وبالأمـير ∴ من عامل الشرطة والأترور
ومن فوائد الثؤثور تمكين أجهزة الشرطة من اختيار عناصر من جميع أوساط الجمهور ليكونوا بمثابة عيون ومرشدين لها حسب المفهوم السائد حالياً لغرض مكافحة الجريمة .
انظر (علي علي المصري/ وظيفة الشرطة في النظم الوضعية والشريعة الإسلامية/ ص٢٠) .
والثؤثور : علامات تجعلها الأعراب في باطن خف البعير . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٤ص٦) .

(٤) وهو يرادف الشرطي والثؤثور ، والأصح أنه ينتمي إلى إحدى وحدات الشرطة التي خصصت لحفظ النظام في مجال القضاء . وكان أحياناً يسمى صاحب المجلس ، وجمعه جلاويز (انظر : ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٧٦) وجلاوزة (انظر : المطرزي/ المغرب/ ص٨٧) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٧ ص٢٧٦) (البابرتي/ العناية / ج٧ ص٢٧٥، ٢٧٦) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٣٧٠) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٢١) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٥ص٣٢٢) .

٥- ولاية الحرب[1] .

٦- يسميه المالكية : حاكم السياسة أو والي السياسة[2] .

٧- ويسمى بالمغرب بالحاكم ، وفي الأندلس صاحب المدينة ، وفي تونس والقيروان بالعريف ، ويسمون كذلك بمقدمي الحارات ، وبعضهم صاحب العسس[3] .

٨- صاحب الأحداث ، وهو لقب أطلق على صاحب الشرطة في خلافة بني أمية[4] .

أما مشروعية اتخاذ الشرطة ؛ فقد روى البخاري بسنده عن أنس رضي الله عنه أنه قال : « إن قيس بن سعد بن عبادة كان يكون بين يدي رسول الله؛ بمنزلة صاحب الشرطة من الأمير »[5]. وزاد الترمذي: « لما يلي من أموره »[6]. فنصبه النبي

(١) وردت هذه التسمية عند الإمام ابن القيم حيث يقول : « فولاية الحرب في هذه الأزمنة من البلاد الشامية والمصرية وما جاورها تختص بإقامة الحدود من القتلِ والقطع والجلد ، ويدخل فيها الحكم في دعاوى التهم التي ليست فيها شهود ولا إقرار » . (ابن القيم/الطرق الحكمية/ ص٢٠١) .

ولعل السبب أن متولي هذه الولاية كان يقوم بحروب داخلية ضد أراذل الناس ، وكان يأخذ بحقوق الله تعالى حفاظاً عليها .

(٢) انظر : (عليش/ منح الجليل/ ج٤ص٣١٧) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٢ص٤٧٩) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٥ ص٤٨٦) (العدوي/ حاشية العدوي/ ج٢ص٩٤) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٤ص١٤٩) .

(٣) انظر : (الكتاني/ التراتيب الإدارية/ ج١ص٢٩٢) .

والعس : الطواف بالليل لتتبع أهل الريب . (المرجع السابق) (التلمساني/ نفح الطيب/ ج١ ص٢١٨) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٦ص١٣٩) .

(٤) (ذكره الماوردي / الأحكام السلطانية/ ص٢٧٣) .

(٥) (البخاري/ الأحكام/ باب الحاكم يمكن بالقتل على من وجب عليه دون الإمام الذي فوقه/ ح٧١٥٥) (الترمذي/ المناقب/ باب مناقب قيس بن سعد بن عبادة/ ح٣٨٥٠) (الهيثمي/ مجمع الزوائد/ ج٩ ص٣٤٥) (ابن حجر/ فتح الباري/ ج١٣ص١٣٥) (الذهبي/ ميزان الاعتدال/ ج٢ص٩٤) .

(٦) (الترمذي/ المناقب/ باب مناقب قيس بن سعد بن عبادة/ ح٣٨٥٠) (المباركفوري/ تحفة الأحوذي/ ج١٠ص٢٣٦).

ﷺ ليحبس واحداً أو يضرب آخر ويأخذ ثالثاً[1].

ثم إن سعد بن عبادة -والد قيس- سأل النبي ﷺ في قيس أن يصرفه عن الموضع الذي وضعه فيه مخافة أن يقدم على شيء ، فصرفه عن ذلك[2] .

وذكر جملة من العلماء أن فيه الدليل على مشروعية اتخاذ الشرطة والأعوان لدفع ما يرد على الإمام والحاكم[3] .

وقال الكرماني[4]: فائدة تكرار لفظ الكون (كان يكون) إرادة بيان الدوام والاستمرار[5].

ومن الأدلة على جواز اتخاذ الأعوان ، قول رسول الله ﷺ : « واغد يا أُنيس[6] إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها »[7].

فدلّ على جواز توكيل الإمام غيره وإنابته له في بعض واجبات الإمام مما فيه

---

(١) (المباركفوري/ تحفة الأحوذي/ ج١٠ص٢٣٦) .

(٢) ذكره الإسماعيلي. انظر (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٨ص٣١٢) (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج١٠٣) .

(٣) انظر : (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٨ص٣١٣) (العراقي/ طرح التثريب/ ج١ص٩٢) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي / ص٨٨) .

(٤) الكرماني : شمس الدين أبو عبد الله محمد بن يوسف بن علي الكرماني البغدادي ، ولد ٧١٧هـ ، توفي راجعاً من الحج ٧٨٦هـ ، وله شرح للبخاري في أربع مجلدات ، وله شرح على مختصر ابن الحاجب . (ابن قاضي شهبة/ طبقات الشافعية/ ج٣ص١٨٠) .

(٥) (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٨ص٣١٢) (ابن حجر/ فتح الباري/ ج١٣ص١٣٥) .

(٦) أنيس بن الضحاك الأسلمي، وفي الحديث أن النبي ﷺ قال لرجل من أسلم اسمه أنيس ، وعلى هذا فهو المذكور في الحديث . انظر (ابن حجر/ الإصابة/ ج١ص١٣٨) (ابن عبد البر/ الاستيعاب/ ج١ ص١١٤) (النووي/ تهذيب الأسماء/ ص١٣٨) .

(٧) (البخاري/ الشروط/ باب الشروط التي لا تحل في الحدود/ ح٢٧٢٥) (وأخرجه في كتاب الصلح/ باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود/ ح٢٦٩٦) ، وفي أكثر من كتاب . (وأخرجه مسلم/ الحدود/ باب من اعترف على نفسه بالزنا/ ح١٦٩٨) (الترمذي/ الحدود/ باب ما جاء في الرجم على الثيب/ ح١٤٣٣) (النسائي/ آداب القضاة/ باب صون النساء عن مجلس الحكم/ ح٥٤١٠) (أبو داود/ الحدود/ باب المرأة التي أمر النبي ﷺ برجمها/ ح٤٤٤٥) (وأخرجه ابن ماجه ومالك في الموطأ والدارمي وأحمد بأكثر من رواية) .

حق لله تعالى ، وهذا هو مبدأ عمل الشرطي .

ومنها كذلك ؛ أمر النبي ﷺ الزبير بن العوام أن يعذب كنانة بن الربيع وهو عم حيي بن أخطب بعد غزوة خيبر في مال أخفاه[1] .

ومنها أن النبي ﷺ كان يُحرس حتى نزل قول الله تعالى : ﴿ وَٱللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ ٱلنَّاسِ ﴾[2] ، فأخرج رسول الله ﷺ رأسه من القبة فقال لهم : يا أيها الناس انصرفوا فقد عصمني الله[3] .

ثم فعل الصحابة يدل على مشروعية اتخاذ الشرط ؛ فقد ذكر العلماء أن أول من شرط الشرط هو عمرو بن العاص رضي الله عنه[4] .

إلا أن عمر رضي الله عنه كان قبله ، فقد اتخذ العسس أو حراس الليل ، وكان هو أول من اتخذ هذا النظام[5] .

ثم نظمت الشرطة في عهد الإمام علي رضي الله عنه ، وسمي رئيسها صاحب الشرطة ، ثم لقب بصاحب الليل وصاحب المدينة[6] .

---

(١) (أبو داود/ الخراج والإمارة والفيء/ باب ما جاء في حكم أرض خيبر/ ح٣٠٠٦) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٩ص١٣٧/ ح١٨١٦٨) (ابن حجر/ فتح الباري/ ج٧ص٤٧٩) (الهيثمي/ موارد الظمآن/ ص٤١٢) (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٢ص٢٠٧) .

(٢) (سورة المائدة ، آية رقم ٦٧) .

(٣) (الترمذي/ تفسير القرآن/ باب من سورة المائدة/ ح٣٠٤٦) (الحاكم/ مستدرك الحاكم/ ج٢ص٣٤٢/ ح٣٢٢١) (الهيثمي/ مجمع الزوائد/ ج٧ص١٧) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٩ص٨/ ح١٧٥٨) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١١ ص٢٥٦/ ح١١٦٦٣) .

(٤) انظر : (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٧ص٢٧٣) .

(٥) انظر : (البخاري/ التاريخ الكبير/ ج٢ص١٧٨/ ح٢١٢٢) (الأصبهاني/ حلية الأولياء/ ج٤ص٣٢٢) (ابن الجوزي / صفوة الصفوة/ ج٢ص٢٠٣) (ابن سعد/ الطبقات الكبرى/ ج٣ص٢٨٥) (سمير عالية/ نظام الدولة والقضاء والعرف / ص٦٨، ٦٩- نقلاً عن : صبحي الصالح/ النظم الإسلامية/ ص٣٣٤) (ظافر القاسمي/ السلطة القضائية / ص٦٣٢) (منير العجلاني/ عبقرية الإسلام في أصول الحكم/ ص٣٢٢) .

(٦) انظر : (سمير عالية/ نظام الدولة والقضاء والعرف/ ص٦٨-٦٩) .

فقد روي أن علياً رضي الله عنه بعث صاحب شرطته فقال : « أبعثك لما بعثني له رسول الله ﷺ : لا تدع قبراً إلا سوّيته ، ولا تمثالاً إلاّ وضعته » [1].

ومن ذلك أيضاً : أن علياً رضي الله عنه دعا الشرطة في جريمة وقعت بين طرفين ، فوكل بكل رجل منهم رجلين [2]. فدلّ على أن الشرطة كانت على عهد علي رضي الله عنه .

أما المهام التي تناط بالشرطة فقد ذكرها ابن خلدون في مقدمته بقوله :

« الشرطة ويسمى صاحبها لهذا العهد بإفريقية الحاكم ، وفي دول أهل الأندلس صاحب المدينة ، وفي دولة الترك الوالي ، وهي وظيفة مرؤوسة لصاحب السيف في الدولة ، وحكمه نافذ في صاحبها في بعض الأحيان ، وكان أصل وضعها في الدولة العباسية لمن يقيم أحكام الجرائم في حال استبرائها أولاً، ثم الحدود بعد استيفائها ، فإن التهم التي تعرض في الجرائم لا نظر للشرع إلا في استيفاء حدودها ، وللسياسة النظر في استيفاء موجباتها بإقرار يكرهه عليه الحاكم إذا احتفت به القرائن لما توجبه المصلحة العامة في ذلك ، فكان الذي يقوم بهذا الاستبراء وباستيفاء الحدود بعده إذا تنزه عنه القاضي يسمى صاحب الشرطة ، وربما جعلوا إليه النظر في الحدود والدماء بإطلاق ، وأفردوها من نظر القاضي ، ونزهوا هذه المرتبة وقلدوها كبار القواد وعظماء الخاصة من مواليهم ، ولم تكن عامة التنفيذ في طبقات الناس ، إنما كان حكمهم على الدهماء وأهل الريب والضرب على أيدي الرعاع والفجرة ، ثم

---

(١) (أخرجه مسلم/ الجنائز/ باب الأمر بتسوية القبر/ ح٩٦١) واسم صاحب شرطته : أبو الهياج الأسدي، وهو حيان بن حسين من التابعين .
(الترمذي/ الجنائز/ باب ما جاء في تسوية القبور/ ح١٠٤٩، وقال حديث حسن) (أبو داود/ الجنائز/ باب في تسوية القبر/ ح٣٢١٨) (النسائي/ الجنائز/ باب تسوية القبور إذا رفعت/ ح٢٠٣١) (وأخرجه أحمد واللفظ له / عن علي رضي الله عنه/ ح١٢٣٤، ٨٩١، ١٢٨٦، ٧٣٣، ١٠٦٧، ٦٨٥) .

(٢) (الشيباني/ العلل ومعرفة الرجال/ ج١ص٤٣٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٤٥) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٣) .

عظمت نباهتها في دولة بني أمية بالأندلس ونوعت إلى شرطة كبرى وشرطة صغرى ، وجعل حكم الكبرى على الخاصة ، وجعل له الحكم على أهل المراتب السلطانية والضرب على أيديهم في الظلامات ، وعلى أيدي أقاربهم ومن إليهم من أهل الجاه.

وجعل صاحب الصغرى مخصوصاً بالعامة والدهماء ، ونصب لصاحب الكبرى كرسي بباب دار السلطان ، ورجال يتبوءون المقاعد بين يديه ، فلا يبرحون عنها إلا في تصريفه ، وكانت ولايتها للأكابر من رجالات الدولة حتى كانت ترشيحاً للوزارة والحجابة ... يتخيرون لها من النظر بما يظهر منهم من الصلابة والمضاء في الأحكام ، لقطع موارد الفساد ، وحسم أبواب الدعارة ، وتخريب مواطن الفسوق ، وتفريق مجامعه مع إقامة الحدود الشرعية والسياسية كما تقتضيه رعاية المصالح العامة في المدينة »[1].

فهذه جملة من المهام الملقاة على عاتقهم ، إلا أن المهام التي ذكرها العلماء أكثر من ذلك؛ وهذه المهام كما يلي :

أولاً : ما ليس له دخل في أصول المحاكمات الجزائية الشرعية ؛ ومنها :

١- له إقامة الصلوات عند فقد الحاكم والإمام الأكبر[2] .

٢- وله أن يصلي الجمع ؛ لأن إقامة الجمعة من أمور العامة ، وقد فوض إلى القاضي وصاحب الشرط ما هو من أمور العامة ، فنزلا فيه منزلة الإمام من الإمامة والاستخلاف[3] .

---

(١) (ابن خلدون/ المقدمة/ ص٢٥١، ٢٥٢) .

(٢) (النووي/ المجموع / ج٤ص٤٥٠) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج١ص١٤٥، ١٤٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٢ص١٥٥) (حطاب/ مواهب الجليل/ ج٢ص٢٥١) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج١ص٢١٩) (البابرتي/ العناية / ج٢ص١١٧، ١١٨) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٢ص٥٧، ٥٨) .

(٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٢ص١٤٢، ١٤٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج٢ص٢٧) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج١ص٢١٩) (النووي/ المجموع / ج٤ص٤٥٠) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٢ص٥٨) .

٣- وله أن يصلي على الجنائز[1] .

٤- وله أن يحكم في مسألة من فقدت زوجها في تحديد مدة عدتها متى تبدأ ، وهذا عند المالكية[2] .

٥- أما الفصل في الخصومات والقضاء فيها ، فللعلماء فيها قولان :

المالكية[3] : قالوا يجوز حكمه في كل المسائل إلا في أربع مسائل : التحجير ، والحكم على الغائب ، وإقامة الحدود ، والقسم بين الصغار والكبار. وما عداها يجوز حكمه فيها .

الشافعية[4] : قالوا بأنه لا يجوز له الحكم في هذه الأمور .

وعلى هذا فلو حكم في مسائل المعاملات سوى ما ذكره المالكية فهو نافذ، وحكمه لازم.

والتوفيق بين القولين أولى ؛ فإن الذي يقصده المالكية أن الذي يجوز حكمه هو والي الشرطة وحاكمها، وليس أفراد الشرطة الذين هم دون الوالي.

وبهذا يتفق قول المالكية مع الشافعية في أفراد الشرطة ، ويبقى والي الشرطة ؛ فإن الشروط التي اشترطها العلماء فيه[5] يستدل منها على أنه أهلٌ للفصل في

---

(١) (حطاب/ مواهب الجليل/ ج٢ص٢٥١) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٢ص١٤٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٢ص١٥٥) (العدوي/ حاشية العدوي/ ج٢ص١٤٣) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج١ ص١٤٥، ١٤٦) (الباجي/ المنتقى / ج٢ص١٩) (النووي/ المجموع / ج٤ص٤٥٠) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج١ ص٢٣٨) (البابرتي/ العناية / ج٢ص١١٧، ١١٨) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٣ص٧٣) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٢ ص٥٧، ٥٨) .

(٢) انظر : (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٤ص١٤٩) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٢ ص٤٧٩) (عليش/ منح الجليل/ ج٤ص٣١٧) (العدوي/ حاشية العدوي/ ج٢ص٨٤) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٥ص٤٩٦) .

(٣) انظر : (النفراوي/ الفواكه الدواني/ ج٢ص٢١٩) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٢ص١٤٣) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٢٥٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٩٤) .

(٤) انظر : (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص١٢٤) .

(٥) انظر : (ابن أبي الربيع/ سلوك المالك في تدبير الممالك/ ص٣٢٦، ٣٢٧) في ذكره لشروط الشرطة .

الخصومات، والنظر في الأقضية، مما لا يبلغ الحدود ولا يتجاوز إلى الدماء والنفوس. وهذا يدخل في باب الحسبة كما سنأتي على ذكره في المطلب التالي .

٦- وأما ولايته في التزويج ؛ فقد اختلف فيها الحنابلة على قولين :

الأول : يرى منع ذلك ؛ إذ إن القاضي يقضي في الفروج والحدود والرجم ، وصاحب الشرطة إنما هو مسلط في الأدب والجناية[١] .

الثاني : أنه جعل له ذلك[٢] .

والجمع بينهما ممكن كذلك ؛ في حالة إذا لم يوجد في موضع ولاية الشرطي قاضٍ ، فصار إذن الحاكم له بأمور ولايته يشمل ما يفعله القاضي ، وهذا مما يحق للقاضي فعله .

وهو ما ذكرناه سابقاً من أن الولايات عند الانفراد ينوب بعضها عن بعض ، تسهيلاً على الناس ورفعاً للمشقة عنهم .

٧- أما إقامة الحدود ؛ فإن كان المقصود منها النظر فيها وفي أدلتها وفي الشهادات التي يذكرها الشهود وتقدير هذه الأدلة والحكم على المتهم ، فهذا باتفاق ليس من شأن الشرطة ولا حتى واليها .

وهذا ما يقصده المالكية من منع الشرطة من إقامة الحدود[٣] .

وإن كان المقصود منها تنفيذ الأحكام المتعلقة بالحدود[٤] ، فهذا أيضاً من مهام الشرطة، وربما يشترك غيرهم معهم فيه .

---

(١) (ابن قدامة/ المغني/ج٧ص١٣) .

(٢) (ابن قدامة/ المغني/ج٧ص١٣) .

(٣) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج١ص٩٤) .

(٤) انظر : (ابن خلدون/ المقدمة/ ص٢٢٢) .

٨- واتفق الفقهاء[1] على أنه ليس من شأن الشرطة أن يقسم في المشترك من الأموال ؛ فإنه لا تصح قسمته ، لأن القسمة لم تفوض إليه ، وإنما فوض إليه أمر الجنايات والآداب .

ثانياً : ما له دخل في أصول المحاكمات الشرعية الجزائية

وسأذكرها ذكراً ؛ لأن تفصيلها سيأتي في المبحث الثاني .

١- البحث والكشف والاستبراء والتجسس والتحسس والتحرّي .

٢- التفتيش للأماكن والهجوم عليها .

٣- التفتيش للأشخاص وإلقاء القبض عليهم .

٤- الحبس بالتهمة أو حبس ما قبل العقوبة .

٥- الضرب بالتهمة أو ضرب ما قبل العقوبة .

وهي الإجراءات التي وكلت إليه في حفظ النظام ، وقد حدد الفقهاء حرية المسؤول عن مباشرتها بأن جعلوه ضامناً لكل تصرف من هذه التصرفات؛ فنصّوا على أن من تضرر بسبب هيبة السلطان من شرطة ونحوه فإن الضامن بذلك هو السلطان ؛ يقول الفقهاء :

« ومن أسقطت بطلب سلطان أو تهديده سواء كان طلبها لحق الله تعالى أو لحق غيره ، أي لكشف حد الله أو لآدمي ، أو ماتت بوضعها من الفزع ، أو ماتت من غير وضع فزعاً ، أو ذهب عقلها من ذلك الفزع ، أو استعدى بالشرطة إنسان عليها السلطان بأن طلب منه إحضارها فأحضرها ، فحصل لها شيء مما سبق ، ضمن السلطان ما كان بطلبه ابتداءً »[2].

---

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٨ص١٧٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٩٤) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٣ص٥١٦) (الصاوي/ حاشية الصاوي / ج٣ص٦٨٠) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٦ص٢٠١) (ميارة الفارسي/ شرح ميارة/ ج٢ص٦٢) (عليش/ منح الجليل/ ج٧ص٣١٥) .

(٢) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص١٦) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٩٢) .

واستدلوا على ذلك بأن عمر رضي الله عنه بعث إلى امرأة مغيّبة[1] كان رجل يدخل إليها ، فقالت : يا ويلها ما لها ولعمر ؟ فبينما هي في الطريق إذ فزعت ، فضربها الطَّلْق فألقت ولداً ، فصاح الصبي صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبي ﷺ ، فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء إنما أنت والٍ مؤدِّب، وصمت علي رضي الله عنه ، فأقبل عليه عمر فقال: ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال : إن كانوا قالوا برأيهم فأخطأ رأيهم ، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك ، إن ديته عليك لأنك أفزعتها فألقته ، فقال عمر : أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك [2].

فحصول الهلاك كان بسببه ، فوداه علي رضي الله عنه .

وهذا فيه دلالة على أن هذه الإجراءات ليس لوالي الشرطة مطلقاً الحق في تحديد الكيفية للتعامل مع الناس ، بل إن هذا الحكم بالضمان يُشعر بأن هناك مانعاً -ولو أنه مادي- من إطلاق اليد في مثل هذه الإجراءات .

ولو أخذ القانون الوضعي بهذه الفكرة لحفظت أعراض الناس وأموالهم ودماؤهم .

---

(١) المغيّبة : غاب عنها بعلها أو أحد من أهلها وهي مغيّبة بالتشديد . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١ص٦٥٥) (الفراهيدي/ العين/ ج٨ص٤٥٥) (الجزري/ النهاية في غريب الحديث/ ج٢ص٣٩٧) (ابن سلام/ غريب الحديث/ ج٣ص٣٥٣) (ابن الجوزي/ غريب الحديث/ ج٢ص١٦٨) .

(٢) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٦ص١٢٣/ ح١١٤٥٢) (ابن حجر/ تلخيص الحبير/ ج٤ص٣٦) (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٤ص٣٩٨) (ابن حزم/ المحلى بالآثار/ ج١١ص٢٤) (الصنعاني/ مصنف عبد الرزاق/ ج٩ص٤٥٨، ٤٥٩) (ابن حجر/ الدراية في تخريج أحاديث الهداية/ ج٢ص٢٨٨/ ح١٠٥٢) .

المطلب الثاني
ولايـــة الحسبـــــة

الحِسْبَة : بالكسر ، واحتسبت بالشيء اعتددت بـه ، وفـلان حـسن الحسبة في الأمر ، أي حسن التدبير والنظر فيه[1] . وحسبت المال : عددته[2] .

ومنه : احتسب عند الله خيراً ، إذا قدمه ، ومعناه : اعتده فيما يـدخر عنـد الله تعالى[3] .

وفي الاصطلاح : أمـر بمعـروف إذا ظهـر تركـه ، ونهـي عـن منكـر إذا ظهـر فعله[4] .

وهي ولاية متوسطة بين ولاية الشرطة وولاية المظالم من حيث تعلقها بأصـول المحاكمات الشرعية الجزائية ، ولذا توسط بينهما في ترتيب المطالب .

والاحتساب نوعان : تطوعي وإلزامي ؛ فالتطوعي هو ما يفعله كـل المسلمين من أمر بمعروف أو نهي عن منكر دون طلب الوالي منهم ذلك . وهو واجب ديـاني على كل مسلم . يقول ابن حجر الهيتمي :

« ولا يختص الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بمسموع القول ، بل علـى كـل مكلف أن يأمر وينهى وإن علم بالعادة أنه لا يفيـد ، وإن كـان الآمـر والنـاهي غـير ممتثل ولا مأذون له من جهة الإمام ، وعليه أن يأمر نفسه وغيره ، فإذا اختل أحدهما

---

(١) انظر : (الفيومي/ المصباح المنير/ ص١٣٥) (المطرزي/ المغرب/ ص١١٤) .

(٢) انظر : (الفيومي/ المصباح المنير/ ص١٣٥) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١ص٣١١) (المطرزي/ المغرب/ ص١١٤) (الفراهيدي/ العين/ ج٣ص١٤٩) .

(٣) انظر : (المطرزي/ المغرب/ ص١١٤) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١ص٣١٤) ، ومنه قول عمر رضي الله عنه : « يا أيها الناس احتسبوا أعمالكم، فإن من احتسب عمله كتب له أجر عمله وأجر حسبته ». (الفائق في غريب الحديث / ج١ص٢٨٢) .

(٤) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٩٨-٢٩٩) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٤ص٥٣) (ابن الأخوة/ معالم القربة/ ص٧) (الشيزري/ نهاية الرتبة/ ص٦) .

لم يسقط الآخر »[1].

أما الإلزامي : فهو من أذن له الإمام بممارسة الاحتساب وصار ملزماً بالقيام بحقه ، وهذا هو النوع الذي يهمنا في موضوع أصول المحاكمات الجزائية الشرعية ، فمن كانت وظيفته الاحتساب وجب عليه الالتزام بقواعد محددة ، وأصول ثابتة في التعامل مع الجرائم حتى لا تكون أفعاله مخالفة للشرع .

وسلطة المحتسب دون سلطة القاضي ، ودون سلطة والي المظالم ، ولذا قيل : النظر في المظالم موضوع لما عجز عنه القضاة ، والنظر في الحسبة لما رفه عنه القضاة[2].

ولكنه في مجال المحافظة على الشعائر الدينية يستطيع الإنكار على القاضي وعلى والي المظالم ، بل وعلى الإمام الأعظم كما ذكر العلماء[3] .

والحسبة باب عظيم في الدين ، ذكره العلماء في مؤلفاتهم ، ومنهم من أفرد له مؤلفاً خاصاً به[4] ، تنبيهاً على أهميته وعظيم شأنه .

---

(١) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٧٩) .

(٢) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣٠٢) .

(٣) انظر : (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٧٩) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٨٠) .

(٤) من هذه المؤلفات استرعى انتباهي مؤلَّفين ؛ الأول : نهاية الرتبة الظريفة في طلب الحسبة الشريفة ، للإمام عبدالرحمن الشيزري الشافعي . والثاني : معالم القربة في معالم الحسبة ، للإمام ضياء الدين محمد ابن أبي زيد المعروف بابن الأخوة القرشي .

وهما كتابان متشابهان إلى حدٍّ بعيد ؛ ولا بد أن أحدهما أخذ عن الآخر ، وبالنظر إلى تاريخ ميلاد العالمين ووفاتهما وجدت أن الشيزري توفي عام ٥٨٩هـ أي ١١٩٣م ، أما ابن الأخوة القرشي فامتدت حياته من ٦٤٨هـ - ٧٢٩هـ أي ١٢٥٠هـ - ١٣٢٩م ، وبذا يكون الشيزري توفي قبل أن يولد ابن الأخوة بتسعة وخمسين عاماً ، فصار الأمر إلى أن ابن الأخوة هو الذي أخذ عن الشيزري .

وقد ذكر الشيزري أنه كُلِّف بكتابة كتاب عن الحسبة ، وهذا ما دعاه لتأليفه ، ولم يذكر ابن الأخوة هذا، ثم بحثت في كتاب ابن الأخوة فلم أجده قد ذكر كتاب نهاية الرتبة ولو مرة واحدة ، وقد نسب في مسألة حركة المذبوح القول إلى الإمام في النهاية ، ولم أجد لها ذكراً عند الشيزري ، فعلمت أنه قصد كتاباً آخر ، والأرجح أنه كتاب نهاية المطلب في دراية المذهب للإمام الجويني ، وهو سابق لهما (٤١٩هـ-٤٧٨هـ) ، ثم دل على ذلك قول الإمام وهو من ألقاب إمام الحرمين الجويني ، والله أعلم.

ودليل مشروعيتها : قوله تعالى : ﴿ وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى ٱلْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ ﴾[1].

يقول المفسرون في معناها : « لتوجد منكم أمة داعية إلى الخير ، وتوجيه الخطاب إلى الكل مع إسناد الدعوة إلى البعض لتحقيق معنى فرضيتها على الكفاية ، ولأنها من عظائم الأمور وعزائمها التي لا يتولاها إلا العلماء بأحكامه تعالى ، ومراتب الاحتساب وكيفية إقامتها. فإن من لا يعلمها يوشك أن يأمر بمنكر وينهى عن معروف ، ويغلظ في مقام اللين ، ويلين في مقام الغلظة »[2].

ومن أدلة مشروعية الحسبة قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ ﴾[3].

فإن من لوازم ولاء المؤمنين بعضهم بعضاً الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهو موضوع الحسبة، وقبل هذه الآية عاب رب العالمين على غير المؤمنين عدم أمرهم بالمعروف ونهيهم عن المنكر، بل وجعلها علامة النفاق وعدم الإيمان، فقد قال تعالى: ﴿ ٱلْمُنَٰفِقُونَ وَٱلْمُنَٰفِقَٰتُ بَعْضُهُم مِّنۢ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِٱلْمُنكَرِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمَعْرُوفِ وَيَقْبِضُونَ أَيْدِيَهُمْ نَسُوا۟ ٱللَّهَ فَنَسِيَهُمْ إِنَّ ٱلْمُنَٰفِقِينَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴾[4].

ومن أدلتها قول رسول الله ﷺ : « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان »[5].

---

(١) (سورة آل عمران ، آية رقم ١٠٤) .

(٢) (أبو السعود/ تفسير أبي السعود/ ج٢ص٦٧) .

(٣) (سورة التوبة ، آية رقم ٧١) .

(٤) (سورة التوبة ، آية رقم ٦٧) .

(٥) (مسلم/ الإيمان/ باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان/ ح٤٩) (الترمذي/ الفتن/ باب ما جاء في تغيير المنكر باليد أو باللسان أو بالقلب/ ح٢١٧٢) (النسائي/ الإيمان وشرائعه/ باب تفاضل أهل الإيمان/ ح٥٠٠٨/ ح ٥٠٠٩) (أبو داود/ الصلاة/ باب الخطبة يوم العيد/ ح١١٤٠) (الملاحم/ باب =

وفي الحديث بيان لدرجات الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وهو موضوع الحسبة .

ومنها ما روي عن النبي ﷺ أنه مرَّ على صُبْرَة طعام ، فأدخل يده فيها ، فنالت أصابعه بللاً ، فقال : « ما هذا يا صاحب الطعام » ؟ قال : أصابته السماء يا رسول الله . قال: « أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس؟ من غشّ فليس منا »[1].

وفيه أن النبي ﷺ مارس الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وتفحص وبحث وأمر ونهى وأدَّب ، وهذا من مهام المحتسب ومن واجباته .

بل إن النبي ﷺ أزال المنكر بيده ، ومن ذلك ما روي أن النبي ﷺ مرّ وهو يطوف بالكعبة بإنسان ربط يده إلى إنسان بسير أو بخيط أو بشيء غير ذلك، فقطع النبي ﷺ الخيط بيده ثم قال : « قُدْهُ بيده »[2].

وفيه إزالة المنكر باليد ، بل وقبل أن يبين له فساد فعله أو يحدد له توجيهاً فيه.

وأخيراً حديث رسول الله ﷺ : « مثل القائم على حدود الله والواقع فيها

= الأمر والنهي/ح٤٣٤٠) (ابن ماجه/ إقامة الصلاة والسنة فيها/باب ما جاء في صلاة العيدين/ ح١٢٧٥) (وباب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر/ح٤٠١٣) (أحمد/عن أبي سعيد الخدري/ ح١٠٦٨٩، ١٠٧٦٦، ١١٠٦٨، ١١١٠٠، ١١١٢٢، ١١٤٦٦).

(١) (مسلم/الإيمان/باب قول النبي ﷺ من غش فليس منا/ح١٠١/ح١٠٢) (الترمذي/البيوع/باب ما جاء في كراهية الغش في البيوع/ح١٣١٥، وقال حديث حسن صحيح) (أبو داود/البيوع/باب النهي عن الفتن/ح ٣٤٥٢) (ابن ماجه/التجارات/باب النهي عن الغش/ح٢٢٢٤/ ٢٢٢٥) (الدارمي/ البيوع/باب في النهي عن الغش/ح١٥٤١) (أحمد/عن ابن عمر/ح٥٠٩٢/عن أبي بردة بن نيار/ ح١٥٤٠٦) .

(٢) (البخاري/الحج/باب الكلام في الطواف/ح١٦٢٠/ ١٦٢١) (وباب إذا رأى سيراً قطعه/ح١٦٢١) وفي (الأيمان والنذور/باب النذر فيما لا يملك وفي معصية/ح٦٧٠٢) (النسائي/مناسك الحج/باب الكلام في الطواف/ح ٢٩٢٠/ ٢٩٢١) وفي (الأيمان والنذور/باب النذر فيما لا يراد به وجه الله/ح٣٨١٠/ ٣٨١١) (أبو داود/الأيمان والنذور/باب من رأى عليه كفارة إذا كان في معصية/ح٣٣٠٢) (أحمد/عن ابن عباس/ح٣٤٣٢) .

كمثل قوم استهموا[1] على سفينة ، فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها ، فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مرُّوا على من فوقهم ، فقالوا : لو أنّا خرقنا في نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا ، فإن يتركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً ، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً »[2].

أما مهام المحتسب فكثيرة عديدة ، تجعل للمحتسب التدخل في كل ما يراه مخالفاً للقواعد والأصول الشرعية ، سواء أكانت هذه المخالفة جريمة من الجرائم أم لا .

ويقول الإمام الشيزري في حصر مهام المحتسب ما نصه :

« ولو شرعت أذكر جميع ما ينبغي للمحتسب أن يفعله من أمور الحسبة لطال كتابي ، ولم يقع عليه حصر ، ولكني قد وضعت أصولاً وقواعد يقيس عليها المحتسب ما يجانسها .

ولعمري إن الضابط في أمور الحسبة هو الشرع المطهر ، فكل ما نهت الشريعة عنه يكون محظوراً ، ووجب على المحتسب إزالته ، والمنع من فعله ، وما أباحته الشريعة أقره على ما هو عليه »[3].

وهذا يوضح مهمة المحتسب وطبيعة الحسبة ، فإن مقصدها في المقام الأول والأخير هو إشاعة الطمأنينة ، وإظهار البيئة الإسلامية النقية ، وإخفاء المنكرات والشوائب ، حتى لا يكون ظهور الفاحشة مساعداً على تجرؤ الغير على فعله ، وهذه صورة زماننا هذا ، فقد تجرأ على الباطل أهله ، وتشجع على فعله من ليسوا

---

(١) استهموا : اقترعوا . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ص٣١٤) .

(٢) (البخاري/ الشركة/ باب هل يقرع في القسمة والاستهام فيه/ ح٢٤٩٣، واللفظ له) (الترمذي/ الفتن/ باب ما جاء في تغيير المنكر باليد أو باللسان أو بالقلب/ ح٢١٧٣، وقال حديث حسن صحيح) (أحمد/ عن النعمان بن بشير/ ح١٧٨٩٧/ ١٧٩٠٤) (ابن حبان / صحيح ابن حبان/ ج١ص٥٣٢/ ح٢٩٧) (سنن البيهقي الكبرى/ ج١٠ ص٢٨٨/ ح٢١١٩٩) (مسند البزار/ ج٨ص٢٣٧/ ح٣٢٩٨) .

(٣) (الشيزري/ نهاية الرتبة / ص١١٨) .

بأهله ، مع تشجيع من وسائل الإعلام المتعددة ، حتى أصبحت الفاحشة معلنة ، والبذاءة مشتهرة ، فألفتها النفوس ، وتلقتها بالقبول، وأصبح من ينكر المنكر فِعْلُهُ منكراً ، وهذا من علامات الساعة وأشراطها كما أخبر المصطفى ﷺ ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم .

ومما لا بد من ذكره في أمر الحسبة ، أن اتساع نطاق مهام المحتسب في مجالات عمله قد ضُبط من جانب آخر ، وهو أنه متخصص فيما يظهر من المنكرات الشرعية[1] ، كما هو واضح من تعريف الحسبة . أما ما خفي فليس من حدود اختصاصه ، وهذا هو الفارق بين ولاية الحسبة وولاية الشرطة ؛ فالجريمة المشهودة وإن لم يكن التعامل معها حكراً على المحتسب وحده بل يحق للشرطي ولوالي المظالم وللقاضي وللحاكم أن يتعامل معها ، إلا أن الذي لا يحق له التعامل إلا معها فهو المحتسب فقط دونهم ، أما غيره فله التعامل مع الظاهر منها والخفي .

ويمكن تصنيف الأعمال بالنسبة للمحتسب إلى نوعين :

الأول : ما له التدخل فيه .

الثاني : ما يمنع من التدخل فيه .

الأول : ما له التدخل فيه : وهي أمور متعددة وأجملها فيما يلي :

١- من مهام المحتسب الإشراف على أرباب الصنائع والمهن والأسواق ، وقد فصّل العلماء تفصيلات دقيقة ووضعوا حدوداً لكل صنعة و مهنة ؛ فتكلموا عن الحسبة على الخبازين ، والقصابين ، والشوائين ، وقلائي السمك ، والحلوانيين ، والعطارين ، والحاكة ، والصباغين ، والصيارفة ، والصاغة ، والأساكفة ، والبياطرة ، والأطباء ، والصيادلة ، والوعاظ، ومؤدبي الصبيان ، والنجارين ، والبنائين ،

---

(١) انظر : (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣٠٠، ٣٠١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٨٠) (ابن الأخوة/ معالم القربة/ ص٧، ١٠) .

والدباغين ، وغيرهم ، بتفصيلات كثيرة عجيبة[1] نعلم من خلالها أية حضارة كان عليها المسلمون ، وأي ضياع في الابتعاد عنها يعيشون .

٢- يأمر الناس بالمحافظة على الفرائض والسنن[2] ، ولا يعترض عليهم في التأخير عن أول الوقت لاختلاف العلماء فيه[3] ، فاختصاصه إنما فيما لا اختلاف فيه .

ويأمر الأولياء بإنكاح الأكفاء ، والنساء بإيفاء العِدَد ، والسادة بالرفق بالمماليك ، وأصحاب البهائم بتعهدها والرفق بها[4] .

٣ - وينهى الناس عن المنكرات الظاهرة[5] في كل الأحكام ، فينكر على من أسرّ في جهرية أو عكس ، أو زاد في الأذان أو نقص[6] ، وينكر على أئمة المساجد المطروقة إن طوّلوا في الصلاة للاتباع[7]، وله أن يمنع الخونة من معاملة النساء[8] ، ويمنع أرباب السفن من حمل ما لا تسعه ويخاف منه غرقها ، ويمنعهم من المسير عند اشتداد الريح ، وإذا حمل فيها الرجال والنساء حجز بينهم بحائل[9] .

---

(١) انظر : (الشيزري/ نهاية الرتبة/ ص٢٧، ٣٣، ٤٢، ٧٢) (ابن الأخوة/ معالم القربة/ ص٩١، ٩٢، ١١، ١٤١) (المرتضى/ البحر الزخار/ ج٦ص٤٦٦، ٤٦٧) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج١ص٤٠/ مادة ٢٦) .

(٢) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩ص٢١٨) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣٠٩) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٧٩) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٧٩).

(٣) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣٠٩) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٧٩) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٧٩) .

(٤) انظر : (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ص٢٧٩) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣٢٠) .

(٥) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ص٢٧٩) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣٠٩، ٣١٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٨٠) (ابن الأخوة/ معالم القربة/ ص٧، ١٠).

(٦) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٧٩) .

(٧) المرجع السابق .

(٨) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٧٩) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ ص٢٧٩).

(٩) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣٢٠) .

وينكر على من امتنع عن إخراج زكاته[1] ، وينكر على من تعرض للمسألة وهو ذو جلد وقوة[2] ، وينكر على من تصدى لعلم الشرع وليس من أهله من فقيه أو واعظ[3]، وينكر على من خرق الإجماع كذلك ، ورفع أمره للسلطان إن لم ينته[4].

ويجب إنكار الصغيرة كالكبيرة[5] ، ولو رأى معصية ترتكب لكنها ليست كذلك بحق الفاعل وجب الإنكار ؛ كما لو رأى غير مكلف يزني أو يشرب الخمر، فيلزمه منعه من ذلك[6] .

وله الإنكار باليد ، ثم إن عجز فباللسان ، فلا يكفي الوعظ ممن أمكنه إزالته ، ولا كراهة القلب لمن قدر على النهي باللسان ، ويرفق في التغيير بمن يخاف شره ، وبالجاهل ، فإن ذلك أدعى إلى قبول قوله ، وإزالة المنكر ، ويستعين عليه بغيره إن لم يخف فتنة في إظهار سلاح وحرب ولم يمكن الاستقلال، فإن عجز عن اليد واللسان رفعه للوالي ، فإن عجز أنكره بقلبه[7].

٤- وللمحتسب أن يسمع الدعاوى ؛ فأجاز العلماء الاستعداء إليه في حقوق الآدميين وجعلوه خاصاً بثلاثة أنواع من الدعاوى .

« أ - فيما يتعلق ببخس وتطفيف في كيل أو وزن .

ب - ما يتعلق بغش أو تدليس في مبيع أو ثمن .

---

(١) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣٠٩) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٧٩) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣١٠) .

(٤) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣١٠) .

(٥) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٧٩) .

(٦) المرجع السابق .

(٧) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٨٠) .

ج - فيما يتعلق بمطل وتأخير لدين مستحق مع المكنة »[1] .

ففي الدعاوى الثلاث يجوز له إلزام المدعى عليه بالخروج من الحق الذي عليه[2] ، وهذا في حالة ظهور الأدلة على مرتكب الظلم .

وذلك راجع إلى أن ثبوت الحق على المدعى عليه مع يساره ومماطلته منكر ظاهر يجب إزالته ، وهذا من اختصاص المحتسب كما أسلفنا .

٥- وللمحتسب أن يتعرض لتصفح ما يأمر به من المعروف[3] ، فله النظر في أعماله واختصاصاته دون وجود دعوى ، فلا يتوقف عمله على وجود شكاية أو دعوى من أحد .

وينهى عن المنكر وإن لم يحضره خصم مستعدٍ[4] .

ثانياً : ما يمنع من التدخل فيه :

١ - إنشاء الأحكام وتنفيذها في عقود الأنكحة والمعاملات[5] ؛ فهذا من صلاحيات القضاء ، وما عداها فله إنفاذ الحكم وإنشاؤه .

٢ - ليس له الاستماع إلى الدعوى -فيما سوى ما ذكرناه سابقاً- كما في الحدود والقصاص ولا أية جناية من الجنايات الكبرى ، مما يستلزم تقدير البينات والنظر في الحجج . بل مهمته فيها أن يمهد السبيل أمام القاضي فقط[6] .

وليس له أن ينظر في كل ما يدخله التجاحد والتناكر ، فلا يسمع بينة على

(١) انظر : (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣٠١) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٧٩) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٧٩) .

(٢) انظر : (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣٠١) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص٥٢٨) .

(٣) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٤ص١١٢) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣٠٣) .

(٤) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣٠٢) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٤ص١١٢) .

(٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٩) .

(٦) انظر : (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص٣٣) .

إثبات حق ولا يحلف يميناً على نفي حق[1] .

٣ - ليس له أن يحبس ولا أن يضرب المتهم[2] .

٤- ليس له أن يتدخل بعد انقضاء المعصية إلا بوعظ ، بل يسن له أن يستر[3] .

٥- ليس له أن ينكر فيما اختلف فيه العلماء ، ولكن له أن ينصح بالخروج من الخلاف إن لم يقع فيه خلاف آخر وترك سنة ثابتة[4] .

٦- ليس له أن يتجسس أو أن يبحث أو أن يقتحم داراً بظن ، إلا إذا كان الأمر واقعاً في انتهاك حرمة يفوت تداركها ؛ كأن أخبره أحدٌ أن رجلاً خلا بامرأة ليزني بها ، أو بشخص ليقتله ، لزمه أن يقتحم له الدار وأن يتجسس ، أو أن يعلم هو به كأن سمع صوت الملاهي أو القينات[5] أو السكارى ، دخل وكسر الملاهي وأخرج القينات[6] .

مما سبق نلاحظ أن دور المحتسب في أصول المحاكمات الجزائية يتمثل في الجرائم الواقعة ساعة قيام المحتسب بواجبه ، وهو ما يعرف بحالة الجرم المشهود، أما خارج حدود ما يشاهده المحتسب ، فإنه ليس له أن يتدخل فيه، وإنما ذلك عائد إلى ولاية أخرى كوالي الشرطة كما أسلفنا .

وليس للمحتسب أن يحاكم الفاعلين ، ولا أن يسمع أقوال الخصوم وأدلتهم ، وإنما له ضبطهم وإلقاء القبض على الفاعلين ، ورفع ذلك إلى الجهة المختصة بأخذ الحق لأصحابه ، إلا أنه في مسائل محددة وعلى نطاق معين ، يستطيع أن يمارس صلاحيات القاضي في إصدار الأحكام ؛ وذلك في المنكرات الظاهرة التي لله فيها

---

(١) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٤ص١١٢) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣٠١، ٣٠٢).

(٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٨٠) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٧٩).

(٣) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣٠٩)(الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٧٩).

(٤) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٧٩، ٢٨٠) .

(٥) القينات : الإماء المغنيات ، وتجمع على قيان ، وهذا في الاستعمال ، وإلا فالقينة هي الأمة غنت أو لم تغن . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٣ص٣٥٢) .

(٦) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٨٠) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣١) .

حق، أو التي لآدمي فيها حق ، ما لم تبلغ العقوبة فيها عقوبة الحدود .

فإن وجد من يترك الصلاة على سبيل المثال ، كان له أن يعظه وأن يعاقبه ، أو أن يحكم عليه بالحبس تأديباً له ، ولا ينتظر فيه حكم القاضي ، بل ولا يرفعه إلى القضاة ابتداءً .

ذلك أن ترك الصلاة منكر ، وثبت عند المحتسب أن هذا الإنسان يترك الصلاة، فلا يحتاج معها إلى رفع للقضاء ليحكم ، بل يحكم عليه هو .

وهذا في حدود ما ذكره العلماء من شروط المحتسب مقبول بل ومطلوب؛ إذ إن المحتسب في هذه الحالة يصبح هو القاضي الخاص بالنظر في هذه القضايا، ولا يمنع ذلك من نظر غيره فيها ، فالقاضي له ذلك والشرطي له ذلك . وهذا يعني أن الولايات الشرعية في بعض جوانبها تغطي الحالات القضائية المستعجلة التي لا يناسبها التأخير .

وهذا فيه إراحة للقضاء من التدخل في أمور ظاهرة لا طائل من المماطلة فيها، ولن يتغير الحكم إذا رفع الأمر فيها للقضاء .

ولو نظرنا إلى المحاكم اليوم وما تغص به من قضايا تبدو محسومة إلى حد كبير ، لعلمنا ضرورة وجود مثل هذا القضاء المستعجل الذي يمارسه المحتسب .

أما إن كانت القضية من الخطورة بحيث تحتاج معه إلى معرفة في البينات بالنظر الدقيق ، والعلم بالحجج بالفهم العميق ، رفعت للقاضي ، ولا يصح نظر المحتسب فيها ؛ لأنها فوق طاقته وقدرته .

والمحتسب في مجال تخصصه قوي ، وله فيما انطبقت عليه شروط عمله أن يمارس هذا العمل على كل مواطن في الدولة ، فله أن ينكر على الشرطي وعلى القاضي وعلى والي المظالم وعلى الإمام الأعظم كذلك ، وهذا يبين أهمية هذا المنصب في الحفاظ على أحكام الشريعة ظاهرة ، وعلى ما يخالف الشريعة مكنوناً مستوراً .

المطلب الثالث

ولايـــة المظالـــم[1]

المظالم : جمع مظلمة ، وهي من الظلم ، أي وضع الشيء في غير موضعه[2] .

وفي الاصطلاح ؛ تعرف المظالم بأنها :

« الحكم في كل ما يعجز عنه القاضي لمن هو أقوى منه يداً »[3].

أو أنه : « قود المتظالمين إلى التناصف بالرهبة وزجر المتنازعين عن التجاحد بالهيبة »[4].

وفلسفة ولاية المظالم ومبرر وجودها شرحها العلماء بقولهم : « إن التنازع إن كان بين ضعيفين -وهذا هو الغالب- قام القاضي بعقوبة أحدهما، وهو الذي بجانبه الحق ، وإذا كان بين قوي وضعيف ، أو بين قويين ، وكانت القوة في أحدهما بولاية

---

(١) والمظلمة : اسم ما أخذ منك ، والمظلِمة بكسر اللام : ما تظلمه الرجل . والظلم بمعنى النقص، ومنه قوله تعالى : ﴿ ولم تظلم منه شيئاً ﴾ (سورة الكهف، آية رقم ٣٣) أي ولم تنقص. وأصل الظلم : الجور ومجاوزة الحد .

(الرازي/ مختار الصحاح/ ص١٧٠) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ص٣٧٣، ٣٧٥) (الفيروزأبادي/ القاموس المحيط/ ص١٤٦٤) (المناوي/ التعاريف/ ص٤٩٢) .

وفي الحديث الشريف : « يخلص المؤمنون من النار فيحبسون على قنطرة بين الجنة والنار فيقص لبعضهم من بعض مظالم كانت بينهم في الدنيا حتى إذا هذبوا ونقوا أذن لهم في دخول الجنة » الحديث. (البخاري/ الرقاق/ باب القصاص يوم القيامة/ ح٦٥٣٥) (وله في كتاب المظالم والغصب/ باب قول الله تعالى ﴿ ألا لعنة الله على الظالمين ﴾ / ح٢٤٤٠) (أحمد/ عن أبي سعيد الخدري/ ح١٠٧١١، ١١٢٠٩، ١١٣٠٩) (عن عبد بن حميد / ص٢٩١/ ح٩٣٥) (البيهقي/ شعب الإيمان/ ج١ص٣٠٤/ ح٣٤٥) (ابن منده/ الإيمان/ ج٢ص٨١٤/ ح٨٣٧، ٨٣٨) (الطبري/ تفسير الطبري/ ج١٤ص٣٧/ ج٢٦ص٤٤) (ابن حزم/ المحلى/ ج١٠ص٤٧٣) .

(٢) (الفيروزأبادي/ القاموس المحيط/ ص١٤٦٤) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ص٣٧٣) .

(٣) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٤ص٥١) .

(٤) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٩٧) (أبو يعلى الفراء/ الأحكام السلطانية/ ص٥٨).

وغيرها ، فهذا يحتاج إلى والي المظالم » [1] ؛ حتى يقوي الضعيف بالحق ، ويضعف القوي للحق ، فتتحصل العدالة .

أما مشروعية ولاية المظالم ، فإن بعضاً من العلماء يرى أن ولاية المظالم مستحدثة ولا سند لها من فعل رسول الله ﷺ .

ولا يعني هذا منعها عندهم أو أنها منهي عنها ، إنما أرادوا أن النبي ﷺ لم يعين والياً للمظالم ، فلا يصح نسبة مشروعيتها إلى رسول الله ﷺ ؛ يقول ابن العربي :

« وأما ولاية المظالم فهي ولاية غريبة أحدثها من تأخر من الولاة لفساد الولاية وفساد الناس » [2] .

ويرى البعض الآخر أن ولاية المظالم والنظر في المظالم مسنونة منذ عهد رسول الله ﷺ ، وقد رأى ذلك الإمام الماوردي [3] في الأحكام السلطانية ، وتبعه جم غفير من المتأخرين [4] .

واستشهدوا على ذلك بالنزاع الذي وقع بين الزبير بن العوام ورجل من الأنصار ، فقال النبي ﷺ للزبير : « اسق يا زبير ثم أرسل إلى جارك » ، فغضب

---

(١) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٤ص٥١) .

(٢) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٤ص٥١) .

(٣) الماوردي : أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب القاضي ، ت ٥٤٥هـ ، ولي القضاء ببلدان شتى ، وله مصنفات كثيرة في الفقه والتفسير وأصول الفقه ، ولم يبرز منها شيئاً في حياته ، وأوصى رجلاً من أصحابه إذا حضره الموت أن يضع يده في يده ، فإن رآه قبض على يده فلا يخرج من مصنفاته شيئاً ، وإن رآه بسط يده فليخرجها ، فبسطها، وكان من تصانيفه : الحاوي، والأحكام السلطانية ، وغيرها كثير . (ابن قاضي شهبة/ طبقات الشافعية/ ج٢ص ٢٣٠) .

(٤) يقول الإمام الماوردي : « نظر رسول الله ﷺ المظالم في الشرب الذي تنازعه الزبير بن العوام رضي الله عنه ورجل من الأنصار » . انظر (الأحكام السلطانيةص٩٧) .

وتبعه كل من : (حامد أبو طالب/ التنظيم القضائي الإسلامي/ ص١٨) (عبد المنعم الجيرة/ نظام القضاء في المملكة العربية السعودية/ ص٩١) (علي علي المصري/ وظيفة الشرطة في النظم الوضعية والشريعة الإسلامية/ ص٣٢) (صبري الغريري/ منهج الخلفاء في النظر في المظالم/ بحث مقدم لمجلة جامعة صدام للعلوم الإسلامية/ ع٧ص٢٥٣).

الأنصاري ثم قال : يا رسول الله، أن كان ابن عمتك؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال للزبير : « اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر ... »[1] . فقالوا إنه أول النظر في المظالم .

إلا أن الذي يظهر من هذه الحادثة لا يدل على مفهوم ولاية المظالم ؛ فإننا لم نر طرفاً ضعيفاً وآخر قوياً كوالٍ أو أمير ونحوهما ، بل هي مسألة قضاء بين اثنين مما يتولاه القضاة في كل زمان ومكان .

أما المظالم فأهم صفة فيها أنها تتخصص فيما عجز عنه القضاة .

والذي يظهر لي أن ولاية المظالم لم تعرف في زمن الرسول ﷺ بالمعنى الذي يتناوله الفقهاء المتأخرون عن قرون الخيرية من وجود متخصص لهذا المنصب .ولم تعرف كذلك في عهد الخلفاء الراشدين.

أما إن كان المقصود من المظالم هو الحكم على المتنفذين -من الولاة وغيرهم- وأخذ الحقوق منهم سواء أكانت حقاً لله تعالى أم حقاً للأفراد ، فهذا موجود منذ عهد رسول الله ﷺ ؛ فقد وبَّخ النبي ﷺ عامله على الصدقة وهو ابن اللتبيّة ؛ لأنه أخذ ما لا حق له فيه ، فإنه قد بعثه ﷺ إلى بني سليم جابياً، فلما عاد قال : هذه أموالكم، وهذه هدايا أهديت إلي، فساء ذلك رسول الله ﷺ وقال : « ما بال الرجل نستعمله على العمل مما ولانا الله ، فيقول هذه لكم وهذا أهدي إلي ، فهلاّ جلس في بيت أبيه وأمه فينظر أيهدى إليه أم لا ؟ والذي نفس محمد بيده لا يأخذ منه شيئاً إلا جاء به يوم القيامة يحمله على كتفيه ، إن كان بعيراً له رغاء ، أو بقرة لها خوار ، أو شاة تيعر ، ثم رفع يديه حتى رُئي بياض إبطيه قائلاً : اللهم هل بلّغت ، اللهم هل بلّغت ، اللهم هل بلّغت »[2].

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص١٠٩.

(٢) (البخاري/ الهبة/ باب من لم يقبل الهدية لعلة/ ح٢٥٩٧) (وأخرجه في الزكاة ، والأيمان والنذور، والحيل، والأحكام) (مسلم/ الإمارة/ باب تحريم هدايا العمال/ ح١٨٣٢) (أبو داود/ الخراج والإمارة والفيء/ باب هدايا العمال/ ح٢٩٤٦) (الدارمي/ الزكاة/ باب ما يهدى لعمال الصدقة لمن هو/ ح١٦٦٩) (أحمد/ عن عبد الرحمن بن سعد (أبو حميد الساعدي)/ ح٢٣٠٨٧) .

وهذا التعزير لابن اللتبية يليق بحاله ، وكان من حكم النبي ﷺ على الولاة .

ثم إن مبدأ أخذ الحق من القوي للضعيف أقرّه النبي ﷺ وأقر منع الظالم من ظلمه إذا كان سبب هذا الظلم قوة في الظالم وضعفاً في المظلوم ، وذلك بقوله ﷺ : « لقد شهدت في دار ابن جدعان حلف الفضول ، أما لو دعيت إليه في الإسلام لأجبت »[1] .

وقصة هذا الحلف أن رجلاً قدم مكة بتجارة ، فباعها من العاص بن وائل السهمي ، فمطله بها وغلبه ، فحمله ذلك على أن أشرف على جبل أبي قبيس بمكة حين أخذت قريش مجالسها ، ثم أنشأ يقول :

يآل فهر لمظلوم بضاعته ∴ ببطن مكة نائي الأهل والنفر

ومحرم أشعث لم يقض عمرته ∴ أمسى يناشد حول الحِجْر والحَجَرِ

هل مخفر من بني سهم يقول لهم ∴ هل كان فينا حلالاً مال معتمر

إن الحرام لمن تمت حرامته ∴ ولا حرام لثوب الفاجر الغدر

فلما سمعت قريش ذلك تحالفوا حلف الفضول على أن لا يظلم بين ظهرانيهم مظلوم إلا أخذوا الحق له[2] . فقال النبي ﷺ ما قال .

« وهذا وإن كان فعلاً جاهلياً دعتهم إليه السياسة ، فقد صار بحضور رسول الله ﷺ له ، وما قال في تأكيد أمره حكماً شرعياً وفعلاً نبوياً »[3] .

وهو يصلح أن يكون دليلاً على مفهوم المظالم ورفعها ؛ لأن فيه طرفاً منع الحق بقوته عن الطرف الآخر، وفيه أخذ الحق من القوي بالغلبة والقوة والسطوة. وهذا هو مفهوم ولاية المظالم .

---

(١) (أحمد/ عن عبد الرحمن بن عوف/ ح١٦٧٩/ ح١٦٥٨) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٦ ص٣٦٧/ ح١٢٨٥٩) (البخاري / التاريخ الكبير/ ج١ص٢٩٤/ ح٩٤٦) (الفاكهي/ أخبار مكة/ ج٥ص١٩١/ ح١٢٥) .

(٢) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٩٩، ١٠٠) (أبو المحاسن الحنفي/ معتصر المختصر/ ج٢ ص٣٧٦) (الفاكهي/ أخبار مكة/ ج٥ص١٩٠/ ح١٢٦) .

(٣) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص١٠٠) .

والمظالم بهذا المفهوم فعلها الخلفاء الراشدون ، وأقرّوا مبادئها ، من ذلك في عهد أبي بكر رضي الله عنه ؛ فإنه قد خطب خطبة شهيرة قال فيها :

« يا أيها الناس، الضعيف فيكم قوي عندي حتى أرجع عليه حقه إن شاء الله، والقوي فيكم ضعيف عندي حتى آخذ الحق منه إن شاء الله »[1].

وفي عهد عمر رضي الله عنه أيضاً مارس هذا الدور ؛ فقد خطب خطبته الشهيرة حيث قال : « يا أيها الناس ، إني والله ما أرسل عمالي إليكم ليضربوا أبشاركم ويأخذوا أموالكم ، ولكن أرسلهم إليكم ليعلموكم دينكم وسنتكم ، وليقضوا بينكم بالحق ويحكموا بينكم بالعدل، فمن فعل به شيء سوى ذلك فليرفعه إليّ ، فوالذي نفس عمر بيده لأقصنه منه »[2].

ومارس ذلك عملياً ؛ فقد حكم على عمرو بن العاص وابنه في ظلامة القبطي في القصة المشهورة ، وأذن لأربع من أتباع المغيرة بن شعبة[3] أن يشهدوا عليه في قصة اتهامه بأم جميل بنت الأفقم ، وقام بعزل سعد بن أبي وقاص لشكاية عليه ، وعزل عمّار بن ياسر عندما شكاه أهل الكوفة بأنه لا يحسن الإدارة ولا يجيد السياسة[4] .

كل هذه الصور والأحداث دلت على أن مفهوم ولاية المظالم كان معمولاً به

---

(١) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٦ص٣٥٣/ ح١٢٧٨٨) (معمر بن راشد/ الجامع/ ج١١ ص٣٣٦/ ح٢٠٧٠٢) (الطبري/ تاريخ الطبري/ ج٢ص٢٣٨) (ابن هشام/ السيرة النبوية/ ج٦ص٨٢) (ابن كثير/ البداية والنهاية/ ج٥ص٢٤٨) (السيوطي/ تاريخ الخلفاء/ ج١ص٦٩) (الطبري/ الرياض النضرة/ ج٢ ص٢١٣) .

(٢) (أبو داود/ الديات/ باب القود من الضربة وقص الأمير من نفسه/ ح٤٥٣٧) (أحمد/ مسند عمر بن الخطاب/ ح ٢٨٦، ٢٨٨) (الحاكم/ المستدرك/ ج٤ ص٤٨٥/ ح٨٣٥٦) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ ص٤٨/ ح١٥٧٩٦) (ج٩ ص٢٩/ ح١٧٦٢٦) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٦ ص٤٦١/ ح٣٢٩٢١) (معمر بن راشد/ الجامع/ ج١١ص٣٣٦/ ح٢٠٧٠١) .

(٣) الأربعة هم : أبو بكرة ، ونافع بن كلدة ، وزياد بن عبيد (زياد بن أبيه) ، وشبل بن معبد . انظر : (الطبري/ تاريخ الطبري/ ج٢ص٤٩٣) (ابن حجر/ الإصابة/ ج٢ص٣٣) .

(٤) انظر : (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج١ص١١٧) .

في عصر النبي ﷺ ، وفي عصر الخلفاء الراشدين .

ذلك أن أحداً من الولاة لم يكن بحصانة من ولي الأمر مهما بلغت رتبته ومنزلته ، فهو عند طلب الحق منه شأنه شأن بقية الناس . وهذا هو مقصد ولاية المظالم .

أما إن كان المقصود بولاية المظالم أن تجعل منصباً محدداً في خطة الحكم ويسمى باسمها ويوصف بوصفها ، فهذا لم يوجد إلا في عصور متأخرة عن العهد النبوي ، فيصدق قول الماوردي : إن الخلفاء الأربعة لم ينتدبوا أحداً للمظالم إذ كانوا يفعلونه بأنفسهم[(١)] .

ويُذكر أن أول من جلس للمظالم عبد الملك بن مروان [(٢)]، فجعل لنفسه هذا المنصب ، ثم ردّه بعد ذلك إلى قاضيه أبي إدريس[(٣)] ، ثم جلس له عمر بن عبد العزيز وردّ المظالم من بني أمية إلى المظلومين ، ثم سارت سنة فصار بنو العباس يجلسون لها[(٤)] .

وكان خير من قام بحق هذا المنصب الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز رحمه الله ورضي الله عنه ؛ فقد خطب في الناس قائلاً بعد أن حمد الله وأثنى عليه : « أيها الناس ، الحقوا ببلادكم فإني أذكركم في بلادكم وأنساكم عندي ، ألا وأني قد استعملت عليكم رجالاً لا أقول هم خياركم ولكنهم خير ممن هو شر منهم ، فمن

---

(١) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٩٨) .

(٢) عبد الملك بن مروان بن الحكم ، ولي الخلافة أربعة عشر سنة ، وكان قبلها ناسكاً عابداً ، ت ٨٦هـ . بويع بالشام وهو أول من ضرب الدنانير وكتب عليها القرآن .
(الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٤ص٢٤٧) (البخاري/ التاريخ الكبير/ ج٥ص٤٢٩) (الربعي/ مولد العلماء ووفياتهم/ ج١ص١٨٠) .

(٣) أبو إدريس الخولاني، ولد عام الفتح ، قاضي دمشق وواعظها ، ت ٨٠هـ .
(الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٤ص٢٧٢) (البستي/ مشاهير علماء الأمصار/ ج١ص١١٢) (ابن كثير/ البداية والنهاية/ ج٨ص٢٦٠) (خليفة بن خياط/ تاريخ خليفة بن خياط/ ج١ ص٢٩٦) .

(٤) انظر : (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٤ص٥١) .

ظلمه عامله بمظلمة فلا إذن له علي حتى أقصه منه »[1].

وروي أنه لما ولي عمر بن عبد العزيز بدأ بلُحمته وأهل بيته ، فأخذ ما بأيديهم ، وسمى أموالهم مظالم[2] .

والذي يظهر من تاريخ المظالم أنها كانت بأيدي القضاة ، إلا أن الخلافة لما دنت من الملك العضوض خشي الولاة سطوة القضاة ، فأضعفوا القضاة حتى لا يتمكنوا من النظر في المظالم لمسيس علاقتها بهم ، وجعلوا ذلك لأنفسهم لينظروا في المظالم بحسب ما يرونه ، وهذا في عصور متأخرة عن قرون الخيرية الأولى .

يقول ابن العربي في ذلك :

« المظالم في أصل وضعها داخلةٌ في القضاء ، ولكن الولاة أضعفوا الخطة القضوية ليتمكنوا من ضعف الرعية ، ليحتاج الناس إليهم ، فيقعدوا عنهم ، فتبقى المظالم بحالها »[3].

أما المهام التي كانت لوالي المظالم ؛ فإنه أوسع الولايات اختصاصاً :

١- فله أن ينظر فيما لا يقدر القاضي على النظر فيه ، وهذا هو الأساس الذي تنبني عليه ولاية المظالم ؛ إذ إن له من القوة والهيبة ما ليس للقضاة ، فهو أفسح مجالاً وأوسع مقالاً[4].

٢- له أن يستعمل من الإرهاب وكشف الأشياء بالأمارات الدالة وشواهد الأحوال اللائحة مما يؤدي إلى ظهور الحق[5] .

٣- له أن يسمع شهادات المتخاصمين وسماع الدعوى ، وله النظر في الحجج،

---

(١) (ابن سعد/ الطبقات الكبرى/ ج٥ص٣٤٣، ٢٨١) (ابن الجوزي/ المنتظم/ ج٧ص٤٢) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٩٨) .

(٢) انظر : (السيوطي/ تاريخ الخلفاء/ ص٢٣٢) .

(٣) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٤ص٥١) .

(٤) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٤٧) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص١٠٤، ١٠٥، ٣٠٢) (ابن الأخوة/ معالم القربة/ ص١٠، ١١) .

(٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٤٧) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص١٠٥) .

وله تقديرها وتقييمها وتنفيذها وإبطالها وإعمالها ، وله تحليف الشهود[1] .

٤- له أن يبتدئ باستدعاء الشهود وسؤالهم عما عندهم دون أن يطلب المدعي منه ذلك[2] ، وله التتبع والاستقصاء عن حالات تجاوز الولاة والمسؤولين دون طلب أو شكاية[3] . ويشمل بأحكامه هذه الجباة والولاة والشرطي والمحتسب وكتاب الدواوين والقضاة أنفسهم ، بل والإمام الأعظم .

٥- له النظر في تعدي الولاة على الرعية وأخذهم بالعسف في السيرة ، وله النظر في جور العمال فيما يجبونه من الأموال فيرجع فيه إلى القوانين العادلة ، وله أن يتصفح أحوال كتاب الدواوين فيما وكلوا فيه ، ويرجع مظالمهم إلى أصحابها ، وله النظر في تظلم المسترزقة من نقص أرزاقهم أو تأخرها عنهم ، وله النظر في رد الغصوب ، لأنه متلق بالأيدي القوية فيرجعها لأصحابها ، وله مشارفة الوقوف العامة والخاصة ، وله تنفيذ ما وقف القضاة من أحكامها لضعفهم عن إنفاذها ، وله النظر فيما عجز عنه الناظرون من الحسبة في المصالح العامة ، وله النظر في مراعاة العبادات الظاهرة ، وله النظر بين المتشاجرين والحكم بين المتنازعين[4] .

مما سبق نستنتج أن اختصاص والي المظالم إنما هو في الجرائم التي يعجز عن الحكم فيها الشرطي والمحتسب والقاضي ، وهذه أهم صفة فيه .

وبالمفهوم المعاصر ؛ فإن ولاية المظالم تشكل أعلى سلطة قضائية في بلاد المسلمين ؛ ولذا يتوكل بها الخليفة نفسه في الأزمان السابقة أو لمن ينوب عنه فيها من الثقات الأقوياء .

ومن المعلوم أن الجريمة لا يقتصر فعلها على فئة معينة من الناس ، بل إن الولاة والأمراء ممن قد يقعون فيها. وقد يحول هذا دون وصول الحق لأصحابه،

---

(١) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٤٧) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص١٠٣) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) انظر : (الكتاني/ التراتيب الإدارية/ ج١ص٢٦٦) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص١٠٢) .

(٤) انظر : (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص١٠١ ، ١٠٢ ، ١٠٣ ، ١٠٤) .

ويحول دون أن تأخذ الأمة حقها من هذا القوي ، من هنا كانت ولاية المظالم سداً لهذا الباب ، وليكون أولى مهامه مراقبة فئة الولاة والأمراء في المجتمع .

وله أن يحكم على كل ذي سطوة ممن هو دونه ، بل ومن هو فوقه إن كان فوقه أحد ، حتى لا يبقى أحدٌ من الناس بعيداً عن الالتزام بقواعد الشريعة وقوانينها.

وما يهمنا في هذه الدراسة من مهامه ، قدرته على تطبيق النصوص الشرعية بخصوص الجرائم التي يرتكبها من لا سلطة للقاضي عليه ، سواء بالحكم عليهم فيها، أو في إنفاذ أحكام غيره عليهم .

ويكفي النظام الإسلامي فخراً معرفته هذه الأنظمة وتفصيله فيها قبل أن تعرفها النظم الغربية بأمد بعيد . بل إن النظام الإسلامي في صورته أكثر إشراقاً من النظام الفرنسي ، وذلك قبل أن يولد النظام الأخير بأكثر من ألف عام(١) .

ويعتقد البعض أن النظام الإسلامي هو ذاته ما عرف بنظام محكمة العدل العليا أو ما يسمى عند البعض بالقضاء الإداري .

إلا أن المدقق يجد غير ذلك ، وإن كان بينهم من الشبه الكثير ، إلا أن نظام الشريعة هو الأميز ، وذلك من وجوه :

١ - أن محكمة العدل العليا يقتصر نظرها على المنازعات المرفوعة من قبل الأفراد على الحكومة أو رجالها ، سواء وقع النزاع أثناء تأدية العمل أو بسببه .

أما قاضي المظالم فإن اختصاصاته تشمل هذا وتزيد عليه مما لا يدخل في اختصاصات محكمة العدل العليا ؛ كالنظر في مظالم الإمام الأعظم أو أفراد الأسرة الحاكمة ، والنظر في رد الغصوب أو مشارفة الوقوف أو مراعاة العبادات الشرعية .

٢- أن نظام المظالم لا يتوقف عمله في كثير من أحواله وأحيانه على إقامة الدعوى كما هو شأن محكمة العدل العليا ، فإن والي المظالم في إمكانه البحث بنفسه

---

(١) انظر : (عبد المنعم الجيرة/ نظام القضاء في المملكة العربية السعودية/ ص٩٠) .

عن المخالفات الشرعية والمظالم الواقعة على الرعية ، فيرجع الحقوق لأصحابها ويقيم ميزان العدل دون طلب .

أما في القضاء الإداري أو محكمة العدل العليا لا يبحث القاضي عن المظالم ، بل لا بد من مدعٍ يرفع الدعوى حتى يباشر العمل للنظر فيها .

٣- أن محكمة العدل العليا أو القضاء الإداري لا يملك سلطة التنفيذ ، وإن كان لها اختصاص القضاء على الإدارة .

أما ناظر المظالم فإن عمله قضائي تنفيذي ، فيعالج الأمور الواضحة بالعلم أو بالعمل الودّي أو بالتنفيذ راداً الحق لصاحبه ، وليس ذلك للقضاء الإداري[1] .

ويظهر مما سبق أن بعضاً من اختصاصات والي المظالم يدخل في أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، وبعضها لا يدخل فيها ، ومما لا يدخل فيها : القضاء على الخصوم ، وتقدير الأدلة والعقوبات ، وهي من ضمن قواعد العقوبات .

أما ما يدخل فيها ، فإن له التقصي والبحث عن الجرائم ، وله أن يأمر بإلقاء القبض على الفاعلين وعقد المحاكمة له ، والسماع لأقوالهم ، وتنفيذ الأحكام بحقهم. وهذه من أصول المحاكمات الشرعية الجزائية .

كما أن اختصاصه لا يقتصر على الجزائيات ، بل يشمل غيرها من الأحكام المالية والأحوال الشخصية .

---

(١) انظر : (عبد العزيز بديوي/ القضاء في الإسلام/ ص٢٠) .

المبحث الثاني

التحقيــق الابتدائـــي

بعد أن ذكرت في المبحث السابق من يقوم بالتعامل مع الجرائم ، فإن لهؤلاء الولاة عدة إجراءات سمح الشرع لهم بالقيام بها دفعاً للجريمة ورفعاً ، إلا أن هذا الإذن من الشرع مضبوط محدود بأصول شرعية ونصوص خاصة ، في إطار من تحقيق العدالة وموافقة لمقاصد الشريعة .

وفي هذا المبحث سأتناول هذه الإجراءات دراسةً وتمحيصاً للخلوص منها بفهم الإسلام لهذه الإجراءات وكيفية تعامله معها .

وهذا الباب من أبواب السياسة الشرعية العادلة(١) ، والذي يهدف إلى القيام على أمر الجرائم بما يرفع فسادها ليصلح المجتمع .

يقول الإمام الماوردي :

« الجرائم محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير ، ولها عند التهمة حال استبراء تقتضيه السياسة الدينية ، ولها عند ثبوتها وصحتها حال استيفاء توجبه الأحكام الشرعية »(٢) .

ويقول الإمام ابن فرحون :

---

(١) ساس الأمر سياسة ، أي قام به ، والسوس الطبع والخُلُق ، يقال : الفصاحة من سوسه أي طبعه وخلقه ، والمراد بالسياسة كذلك القانون الموضوع لرعاية الآداب والمصالح وانتظام الأموال . انظر (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٧٦) .

ويرى أستاذنا الدكتور محمد نعيم ياسين أن السياسة الشرعية اصطلاحاً هي : تدبير الإمام المسلم - بنفسه أو بالنيابة عنه- شؤون الرعية على مقتضى المقاصد الشرعية . (من محاضرات مادة السياسة الشرعية لطلبة الدراسات العليا، عام ١٩٩٨م) .

(٢) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٧٣) .

« فالسياسة الشرعية في هذا الباب - أي باب الجرائم - تخرج الحق من الظالم، وتدفع كثيراً من المظالم ، وتردع أهل الفساد ، ويتوصل بها إلى المقاصد الشرعية ، فالشرعية توجب المصير إليها والاعتماد في إظهار الحق عليها ، وهي باب واسع ... وإهماله يضيع الحقوق ، ويعطل الحدود ، ويجرئ أهل الفساد ، ويعين أهل العناد ، والتوسع فيه يفتح أبواب المظالم الشنيعة ، ويوجب سفك الدماء ، وأخذ الأموال بغير الشريعة .

وبهذا سلكت فيه طائفة مسلك التفريط المذموم ، فقطعوا النظر عن هذا الباب إلا فيما قل ظناً منهم أن تعاطي ذلك منافٍ للقواعد الشرعية ، فسدّوا من طرق الحق سبيلاً واضحة ، وعدلوا إلى طريق العناد فاضحة ؛ لأن في إنكار السياسة الشرعية والنصوص الشريفة تغليظاً للخلفاء الراشدين .

وطائفة سلكت في هذا الباب مسلك الإفراط فتعدّوا حدود الله تعالى ، وخرجوا عن قانون الشرع إلى أنواع من الظلم والبدع والسياسة ، وتوهموا أن السياسة الشرعية قاصرة عن سياسة الخلق ومصلحة الأمة ، وهو جهل وغلط فاحش، فقد قال عز من قائل : ﴿ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ ﴾[1]، فدخل في هذا جميع مصالح العباد الدينية والدنيوية على وجه الكمال . وقال رسول الله ﷺ : « تركت فيكم ما إن تمسكتم به لن تضلوا كتاب الله وسنتي »[2].

وطائفة توسطت وسلكت فيه مسلك الحق وجمعوا بين السياسة والشرع ،

---

(١) (سورة المائدة، آية رقم ٣) .

(٢) هذا الحديث بهذا اللفظ لم يروه أحد من أصحاب الكتب الستة ، ورواه مالك في موطئِه مرسلاً (كتاب الجامع/باب النهي عن القول بالقدر/ح١٦٦١) (والحاكم في مستدركه/ج١ ص١٧٢/ح٣١٨، ٣١٩) (البيهقي/الاعتقاد/ج١ص٢٢٨) (المروزي/السنة/ج١ ص٢٦/ح٦٨) (الحسيني/البيان والتعريف/ ج٢ص١١) (ابن حزم/ الأحكام/ج٦ص٢٤٣) (البيهقي/سنن البيهقي الكبرى/ج١٠ص١١٤/ ح٢٠١٢٣/ ٢٠١٢٤) (المنذري/ الترغيب والترهيب/ج١ص٤١/ح٦٦) (ابن عبد البر/ التمهيد/ ج٢٤ص٣٣١/ح١٢٨) .

والللفظ الوارد في الصحاح : « تركت فيكم ما إن تمسكتم بهما لن تضلوا بعدي ، كتاب الله وعترتي أهل بيتي » .

فقمعوا الباطل ودحضوه ، ونصبوا الشرع ونصروه ، والله يهدي من يشاء إلى صراط مستقيم »[1].

وهذا القول من الإمام ابن فرحون - رحمه الله - يوضح مشكلة البحث في هذا الباب ، ويوضح أهمية التعامل بالسياسة الشرعية فيما تمس إليه الحاجة في معالجة الجرائم وكيفية التعامل معها ، وكان حديثه هذا مقدمة لبيان أنواع السياسة التي يمارسها الحاكم أو الوالي في موضوع الجرائم والحدود .

ونتابع نقل كلام ابن فرحون في بيان مشروعية هذا الباب من أبواب السياسة الشرعية في الجرائم ؛ إذ يقول :

« واعلم أن التوسعة على الحكام في الأحكام السياسية ليس مخالفاً للشرع، بل تشهد له الأدلة المتقدمة ، وتشهد له أيضاً القواعد من وجوه :

أحدها : أن الفساد قد كثر وانتشر بخلاف العصر الأول ، ومقتضى ذلك اختلاف الأحكام بحيث لا تخرج عن الشرع بالكلية ؛ لقوله ﷺ : «لا ضرر ولا ضرار»[2]، وترك هذه القوانين يؤدي إلى الضرر ، ويؤكد ذلك جميع النصوص الواردة بنفي الحرج .

وثانيها : أن المصلحة المرسلة قال بها مالك رضي الله عنه ، وجمع من العلماء، وهي المصلحة التي لا يشهد الشرع باعتبارها ولا بإلغائها ، ويؤكد العمل بالمصالح المرسلة أن الصحابة رضوان الله عليهم عملوا أموراً لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار ؛ نحو كتابة المصحف ، ولم يتقدم فيه أمر ولا تسطير ، وولاية العهد في أبي بكر لعمر رضي الله عنهما ، ولم يتقدم فيهما أمر ولا تسطير ... وغير ذلك كثير جداً

---

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٣٧) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٦٩) .

(٢) (مالك/ الموطأ/ الأقضية/ باب القضاء في المرفق/ ح١٤٦١) (ابن ماجه/ الأحكام/ باب من بنى في حقه ما يضر بجاره/ ح٢٣٤٠، ٢٣٤١) (أحمد/ عن ابن عباس/ ح٢٨٦٢/ عن عبادة بن الصامت/ ح٢٢٢٧٢) (الحاكم/ المستدرك / ج٢ص٦٦/ ح٢٣٤٥، وقال صحيح على شرط مسلم، وقال ابن الصلاح : حسن) (الهيثمي/ مجمع الزوائد/ باب لا ضرر ولا ضرار/ ج٤ص١١٠) (الدارقطني/ السنن/ ج٣ ص٧٧/ ح٢٨٨) (مسند الشافعي/ ص ٢٢٤) (الطبراني / المعجم الكبير/ ج٢ص٨٦/ ح١٣٨٧) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٦ ص٦٩/ ح١١١٦٦) .

فُعل لمطلق المصلحة ... فلذلك ينبغي أن يراعى اختلاف الأحوال والأزمان فتكون المناسبة الواقعة في هذه القوانين السياسية مما شهدت لها القواعد بالاعتبار ... فظهر أن هذه القوانين لا تخرج عن أصول القواعد ، وليست بدعاً عما جاء به الشرع المكرم »[1].

بعد هذه المقدمة في بيان موقع هذه الأحكام في الشريعة ، نتطرق إلى توضيح هذه الإجراءات وبيان حكم الشريعة فيها من آيات الكتاب العزيز ومن نصوص السنة النبوية الشريفة ، ومن أفعال الخلفاء والصحابة الكرام والتابعين من بعدهم .

وقد وجدت أن هذه الإجراءات التي بحثها العلماء والفقهاء كانت كما يلي :

١- البحث والكشف .

٢- التفتيش .

٣- الحبس بالتهمة .

٤- الضرب بالتهمة .

وقد أفردت لكل مسألة مطلباً توضيحاً لمفهومه وبياناً لحكم الشرع فيه . والله المستعان .

المطلب الأول

البحث والكشف

أتناول في هذا المطلب إجراءات الكشف والبحث التي يمارسها والي الجرائم وأعوانه من أجل حماية المجتمع من مفاسد الجرائم .

وهذه الجرائم يشترك المسلمون جميعاً في واجب حماية المجتمع المسلم منها ، إلا أنها في حق والي الجرائم وأعوانه آكد وأوجب ؛ فإن هؤلاء مكنوا من التغيير الأعلى وهو اليد بوجوب الطاعة لهم والامتثال ، وبسطوة الولاة والسلطان ، ودل عليه قوله

---

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٥٣، ١٥٤، ١٥٥) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٧).

عز وجل : ﴿ ٱلَّذِينَ إِن مَّكَّنَّـٰهُمْ فِى ٱلْأَرْضِ ... ﴾ الآية[1]. وأيضاً فإن من أنواع القيام بذلك ما يدعو إلى القهر والاستيلاء والعقوبة وإقامة الحدود وأشباه ذلك مما لا ينبغي أن يفعله إلا الولاة والحكام[2].

فالحديث مسلط على والي الجرائم دون غيره ؛ لأن أحكام النهي عن المنكر والأمر بالمعروف كثيرة متشعبة .

وتفحص المنكرات من شؤون والي الجرائم حتىَ وإن لم تنته إليه ، ولذا كان الستر واجباً على الناس إلا على الإمام والوالي وأحد الشهود الأربعة في الزنا ، كما ذكر الفقهاء[3] .

وهذا التفحص مقصده تضييق الخناق على من أراد فعل المعصية ، فيعلم أن هناك من يترصده ليأخذه بالزلّة والشبهة كما سنبين بعد قليل .

وقد ذكر العلماء أن على ولي الأمر أن يتابع اللصوص وقطاع الطريق ، فيتفحص أماكن وجودهم ، ويطلبهم في مظانهم ، وأن يفعل ذلك دفعاً لشرهم وإبعاداً لضررهم عن المجتمع .

وقد بلغ المسلمون في عصر من العصور درجة في الاستتباب الأمني قل مثيلها وعز نظيرها ، وبلغوا درجة كبيرة في محاربة الجريمة ، حتى إن كُتب التاريخ تنقل أن المسلمين أوجدوا نظام المرشدين والمخبرين ، وكانوا في بعض الأحيان يختارونهم من أصحاب السوابق بعد أن يتوبوا ، وذلك لسابق اختلاطهم بالمجرمين، وكانوا يسمون بالتوابين نسبة إلى توبتهم ، ومنهم من وصل إلى منصب صاحب الشرطة في بغداد في العصر العباسي، ومن أمثالهم : الطقطقي وعلي الزيبق[4][5].

---

(١) (سورة الحج ، آية رقم ٤١) .

(٢) انظر : (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣١٠، ٣١١) .

(٣) انظر : (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٢٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٨٧) .

(٤) علي بن محمد الطقطقي وعلي الزيبق ، كانا أصحاب الفتنة بين السنة والشيعة عام ٤٤٤هـ؛ إذ حدثت فتنة وامتنع الضبط وانتشر العيّارون ، وتسلطوا وجبوا الأسواق ، وكان على مقدمتهم الطقطقي والزيبق . (ابن الأثير/ الكامل في التاريخ/ ج٨ص٣١٠) .

(٥) انظر : (المسعودي/ مروج الذهب/ ج٤ص٢٢٨) .

وحكم الفقهاء كذلك بضرورة أن يتعاهد السلطان من اشتهر بالمعصية كشرب خمر أو سفه فيتعاهده السلطان ويتعاهد الكشف عن بيته[1] ، مما يدل على نظام أمني متقدم مبني على أحكام الشريعة العادلة .

يقول في ذلك ابن المناصف : « وينبغي للقاضي إذا خاف أن تتعذر عليه الإحاطة بحفظ الحوائز[2] والأسواق وشوارع المسلمين ومجتمعاتهم من وقوع المناكر... أن يختار أمناء عدولاً عارفين في ذلك ، يتفقدون ما جعل إليهم من الحوائز والمواضع، ويرفعون إليه ما يتعذر عليه النظر فيه من ذلك ، وإن أفرد لكل سوق وحومة[3] أميناً منها ينظر في ذلك فعل بحسب اجتهاده وحاجة الناس إلى ذلك ، ووجود القائم به ، فإن ذلك من التعاون على الخير الواجب على كل منهم ، لقوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾[4].

وأول هذه الإجراءات التي يفعلها من إليه أمر الجرائم هو البحث والكشف . ولقد بحثه العلماء في مواضع متعددة وتحت أسماء عديدة ؛ كحكم التجسس[5]، والتحسس[6]،

---

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٨٦) .

(٢) جمع حوزة ، وفي الحديث : « فحمى حوزة الإسلام » أي حدوده ونواحيه ، والحوزة فعلة ، منه سميت بها الناحية. (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٥ص٣٤٢) .

(٣) الحومة : حومة كل شيء أكثره أو معظمه ، والحومة أكثر موضع في البحر ماءً وأغمره ، وكذلك في الحوض . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ص١٦٢) .

(٤) (سورة المائدة ، آية رقم ٢) .

(٥) التجسس: التفتيش عن بواطن الأمور في الشر غالباً ، وقيل : البحث عن العورات أو طلب معرفة الأخبار الغائبة والأحوال . ولتفريقه عن التحسس فإنه ما تطلبه لغيرك . انظر (ابن مفلح/ الآداب الشرعية/ ج١ص٢٤٣) (الخادمي/ بريقة محموديه/ ج٣ص٢٥٥) (السفاريني/ غذاء الألباب/ ج١ ص٢٦٢) (شرح النووي على مسلم/ ج١٦ص١١٩) .

(٦) التحسس : الاستماع لحديث القوم ، ومنه قوله تعالى في سورة يوسف على لسان يعقوب عليه السلام : ﴿فتحسسوا من يوسف وأخيه﴾ (سورة يوسف، آية رقم٨٧) ، أي اطلبوا خبرهما خفية بالاستماع إلى أقوال الناس، أو أنه التفتيش عن الأمور لنفسك ، أو أنه طلب معرفة الأخبار الغائبة والأحوال ، أو أنه طلب الشيء بالحاسة كاستراق السمع أو الاستماع للحديث ، وأصله من الحس ؛ لأنه يتبعه بحسه ، ومنه استراق السمع على دار غيره يستمع صوت الأوتار ، أو يتعرض للشم ليدرك رائحة الخمر ، أو أن يمس ما قد ستر بثوب ليعرف شكل الزمار، أو أنه الاستخبار بواسطة الجيران ليخبر بما جرى . وقيل : التحسس كل أمر إذا فتشت عنه ثقل على صاحبه علمك به . انظر : (شرح النووي على مسلم/ ج١٦ص١١٩) (العظيم آبادي/ عون المعبود/ج١٣ص١٧٧) (السفاريني/ غذاء الألباب / ج١ص٢٦٢-٢٦٤) (المناوي/ فيض القدير/ج٣ص١٢٢) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٨٠) .

والاستبراء[١]، والكشف[٢]، والبحث[٣]، والتفتيش[٤]، واستراق السمع[٥]، والتنقير[٦]، وكلها تؤدي إلى أمر واحد وهو البحث بوسائل خفية .

وهذا الذي نقصده بكلمة البحث والكشف ، أي البحث بوسائل خفية عن الجرائم والمجرمين .

أما عن حكم هذا الإجراء فقد وجدت أن الحكم يختلف باختلاف القرينة الدالة على وقوع الجريمة ، فإما أن تكون ظنية ، وإما أن تكون بغلبة الظن ، وإما أن تكون بالعلم القاطع ، ولكل حالة منها حكم خاص ، وجعلت لكل منها فرعاً خاصاً لتوضيحها .

الفرع الأول : البحث والكشف بمجرد الظن :

ذكرت فيما سبق أن دور أصول المحاكمات الشرعية الجزائية علاجي لا وقائي، فهو يتعامل مع الجريمة بعد وقوعها لا قبله . وحديثنا في هذا الفرع قد يفهم منه أنه قبل وقوع الجريمة ، وبالتالي فهو خارج عن حدود الموضوع .

إلا أن الذي يجب توضيحه وبيانه أن البحث والكشف من والي الجرائم إنما يراد به أن يستقصي عن جرائم وقعت قبل حصول علمه بوقوعها ، فهي بالنظر إلى علم الوالي غير موجودة ، إلا أنها في الواقع قد تكون موجودة . ولذلك يقوم ولي

---

(١) الاستبراء : استبرأت الشيء إذا طلبت آخره لتعرفه وتقطع الشبهة ، وهو أيضاً طلب البراءة ، أو أنه التصرف والتبصر احتياطاً . انظر (المطرزي/ المغرب/ ص٣٨) (المناوي/ التعاريف/ ص٥٤) .

(٢) الكشف : هو بمعنى البحث والفحص والتفتيش والطلب ، وهو رفعك شيئاً عما يواريه ويغطيه ، وهو الاطلاع على ما وراء الحجاب من المعاني الطبيعية والأمور الحقيقية وجوداً وشهوداً . (المناوي/ التعاريف/ ص١١٥) (الفراهيدي/ العين/ ج٥ص٢٩٧) (الجرجاني/ التعريفات/ ص٢٣٧) .

(٣) البحث: بحث عن الأمر ، استقصى ، وهو سؤالك مستخبراً ، وهو التفحص والتفتيش ، أو إثبات النسبة الإيجابية أو السلبية بين الشيئين بطريق الاستدلال . (المناوي/ التعاريف/ ص١١٦) (الفراهيدي/ العين/ ج٣ص٢٠٧) (الجرجاني/ التعاريفات/ ص٦١) .

(٤) بمعنى البحث والكشف ، وهو الطلب والبحث . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٦ص٣٢٥) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص٢٠٥) .

(٥) استراق السمع : نوع من أنواع طلب المعلومة بواسطة السمع ، وعلى أن يكون خفية .

(٦) التنقير : التفتيش ، ورجل نقار ومنقر ، وهو بمعنى البحث والاستقصاء . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٥ص٢٣٠) (الجزري/ النهاية في غريب الحديث/ ج٥ص١٠٤) .

الأمر بالكشف والبحث والتحرّي لأجل التأكد من عدم وقوع جرائم لم يعلم بها ، أو أن يكشف عما لم يبلغه من الناس بخصوصها فيقوم بواجبه نحوها .

أما حكم البحث والكشف بمجرد الظن ؛ فقد اتفق الفقهاء[1] على منع البحث والكشف والتجسس لمجرد الظن ، ونصوا على أنه : ليس لأحد البحث والتجسس واقتحام الدور بالظنون[2] .

ويستوي في هذا الحكم كل الأشخاص سواء أكانوا متطوعين أم ملزمين بالبحث والكشف عن الجرائم ، كما يستوي في هذا الحكم الجرائم التي تمس حق الله تعالى أو التي تمس حقاً مشتركاً ، فما دام الحدث في صورة الظن والشك ، فليس البحث والكشف والتجسس لأحدٍ كائناً من كان .

وأستطيع الاستدلال على ما قاله الفقهاء بجملة من الأدلة ، أجملها فيما يلي :

١- عن أبي أمامة رضي الله عنه ، أن رسول الله ﷺ قال : « إن الأمير إذا ابتغى الريبة في الناس أفسدهم »[3] .

---

(١) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩ص٢١٩) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ص١٨٢) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٤٨، ٤٩) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٨٠) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣١٤) (ابن دقيق العيد/ إحكام الأحكام/ ج٢ص٢٤٤) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٤ص٥٣٩) (النفراوي/ الفواكه الدواني/ ج٢ص٢٩٩) (السفاريني/ غذاء الألباب/ ج١ص٢٦٢) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٦) (الخادمي/ بريقة محمودية/ ج٣ص٢٥٥) (الجصاص/ أحكام القرآن/ ج٣ص٦٠٥، ٦٠٦) (الباجي/ المنتقى / ج٧ص٢١٦) (الزرقاني / شرح الزرقاني/ ج١ ص٣٦٠/ ج٤ص٣٣١) (الشرواني/ حواشي الشرواني/ ج٩ ص٢١٩) (شرح زبد ابن رسلان/ ج٤ ص٢١) (النووي/ روضة الطالبين/ ج١٠ص٢٢٠) (الخطيب الشربيني/ ج٤ ص٢١١) .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) (سنن أبي داود/ الأدب/ باب في النهي عن التجسس/ ح٤٨٨٩) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ ص٣٣٣/ ح١٧٤٠٢) (الحاكم/ المستدرك/ ج٤ص٤١٩/ ح٨١٣٧) (احمد/ عن أبي أمامة الباهلي/ ح٢٣٣٠٣/ ورواية عن المقداد بن الأسود) (الطبراني/ المعجم الأوسط/ ج٨ص٥٩/ ح٧٩٦٠) (الشيباني/ الآحاد والمثاني/ ج٥ص٣٠٣/ ح٢٨٣٢/ ٢٨٣٤/ ٢٨٣٥) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج٨ ص١٠٨/ ح٧٥١٥/ ج١٧ص١٢٢/ ح٣٠٢/ ج٢٠ص٢٧٥/ ح ٦٥١/ ج٢٠ ص٢٧٦/ ح٦٥٣) .

والحديث دلالته واضحة على أن الريبة وهي من الظن والشك تفسد الناس إذا سار الحاكم بالناس على هذا النحو ، والكلام في هذا الحديث موجه إلى ولاة الأمور ، وهو موضع بحثنا ، ولذا كل ما أدى إلى الفساد فاسد ، وكل ما أدى إلى البطلان باطل ، والسير بالناس بالريبة مفسد ، فهو فاسد بنص الحديث الشريف .

٢- عن معاوية رضي الله عنه ، أن رسول الله ﷺ قال : « إنك إن اتبعت عورات الناس أفسدتهم أو كدت أن تفسدهم » [١] .

ومعنى (كدت أن تفسدهم) أي قاربت أن تفسدهم [٢] .

وقد تولى شراح الحديث بيان السبب في أن تتبع عورات الناس يؤدي إلى فساد الناس ، ومن ذلك يقول صاحب فتح الودود ما نصه : « أي إذا بحثت عن معائبهم وجاهرتهم بذلك فإنه يؤدي إلى قلة حيائهم منك فيجترئون على ارتكاب أمثالها مجاهرة » [٣] .

وهذا الشرح لا يستقيم مع الواقع ؛ فإن تشديد الإمام على الناس بالأخذ بالريبة وكشف المستور عن الناس وتتبع العورات لا يوصل إلى مجاهرة الناس بها أمام الناس ، فإن الإمام الذي هذا حاله سيفه أمضى فيما لم يحتج معه إلى بحث وكشف وتجسس ، ذلك أن المجاهرة بحدّ ذاتها معصية فوق المعصية التي يعاقب عليها، فإن كان يأخذ بما خفي ، فكيف حاله بما ظهر ؟ وإن كان عقابه أليماً فيما غاب ، فكيف أمره مع ما حضر ؟

فإن كان الحديث يؤكد على وجود فساد ، فلا أراه إلا إفساد الرعية على

---

(١) (سنن أبي داود/ الأدب/ باب في النهي عن التجسس/ ح٤٨٨٨) (صحيح ابن حبان/ ج١٣/ ص٧٢/ ح٥٧٦٠) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٣٣٣/ ح١٧٤٠١) (مسند أبي يعلى/ ج١٣ص٣٨٢/ ح٧٣٨٩) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١٩/ ص٣٦٥/ ح٨٥٩/ ج١٩ ص٣٧٩/ ح٨٩٠) (الهيثمي/ موارد الظمآن/ ص٤٥٩/ ح١٤٩٥) (الطبراني / مسند الشاميين/ ج١ص٢٧٢) (البيهقي/ شعب الإيمان/ ج٦ص٤٤/ ح٧٤٥٢/ ج٧ص١٠٧/ ح٩٦٥٩) .

(٢) (الخادمي/ بريقة محمودية/ ج٣ص٢٥٥، ٢٥٦) .

(٣) (العظيم آبادي/ عون المعبود/ ج١٣ص١٥٩) .

الراعي في الطاعة ؛ فإن الإمام الذي يحاسب الناس بالتهمة ويأخذ الناس بالظنون ، لن يستقيم له الناس بالطاعة ؛ لأنه تكليف للناس بما لا يقدرون ، وما من إنسان إلا ويقف من المواقف دون قصد منه ولا دراية ما لو حوسب عليه لاعتقد أن هذا الحاكم ظالم غاشم ، ولا يستقيم الملك مع الظلم ولا يذعن الناس مع الغبن .

وقد قال بعض الشراح لهذا الحديث : إن مقصود الحديث حث الإمام على التغافل وعدم تتبع العورات[1] .

أما عدم تتبع العورات ، فهذا صحيح وظاهر من لفظ الحديث ، أما التغافل فليس بمقصود من الحديث ولا هو مفهوم منه ؛ إذ إن التغافل يعني أن يغض الإمام الطرف عما علمه من حال الناس ، وهذا مما لا يحل له أن يتغافل عنه ، فإن لم يكن بالعقاب والأدب فلربما كان بالوعظ والزجر بالقول ، إلا في حالة واحدة قد يصلح فيها التغافل وهي في أن يغض الطرف عن ذوي الهيئات بعد أن يعلم الفاعل أن الإمام قد اطلع عليه وغض الطرف عنه ، فإن ذلك من درجات التعزير ، فمن التعزير الإعراض عن الفاعل ، فإنه يعلم عندها أنه ما أعرض عنه إلا لحسن ظن الإمام به ، فيسعى لزيادة حسن الظن به عن طريق ترك ما كان عليه .

٣- عن ابن عباس رضي الله عنهما ، أن رسول الله ﷺ قال : « من استمع إلى حديث قوم وهم له كارهون صب في أذنه الآنك[2] يوم القيامة »[3].

---

(١) (المناوي/ فيض القدير/ ج٣ص٣٢٣) (العظيم آبادي/ عون المعبود/ ج١٣ص١٥٩) .

(٢) الآنك : الرصاص المذاب . (ابن الجوزي/ غريب الحديث/ ج١ص٤٦) .

(٣) (البخاري/ التعبير/ باب من كذب في حلمه/ ح٧٠٤٢) (الترمذي/ اللباس/ باب ما جاء في المصورين/ ح١٧٥١، وقال حديث حسن صحيح) (أبو داود/ الأدب/ باب ما جاء في الرؤيا/ ح٥٠٢٤) (الدارمي/ الرقاق/ باب من حفظ السمع/ ح٢٧٠٨) (أحمد/ عن ابن عباس/ ح١٨٦٩، ٣٣٧٣، ٣٣١٤/ عن أبي هريرة/ ح١٠١٧١) (صحيح ابن حبان/ ج١٣ص٤٢١/ ح٦٠٥٧) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٧ ص٢٦٩/ ح١٤٣٤٩) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص٢٦٧/ ح٢٥٩٦٤) (معمر بن راشد/ الجامع/ ج١٠ص٣٩٩/ ح١٩٤٩١) (مسند الحميدي/ ج١ص٢٤٣ / ح٥٣١) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١١ ص٢٤٨/ ح١١٦٣٧، وبأكثر من رواية) .

وهذا الحديث دلالته واضحة في منع الاستماع لمن لا يريد ولا يحب أن يستمع إليه أحد، والتجسس من صفاته أنك تستمع لمن يكره ذلك منك إن علمه ، والدليل على أنه ممنوع محرّم تشديد العقوبة على فاعله يوم القيامة ، بأن يُصب في أذنيه رصاص مذاب لبيان عظيم جرمه وجسيم أمره .

٤- وعن ابن عمر رضي الله عنهما ، وعن عدد من الصحابة الكرام ، أن رسول الله ﷺ قال : « من تتبع عورة أخيه المسلم ، تتبع الله عورته ، ومن تتبع الله عورته يفضحه ولو في جوف رحله »[١].

والمتجسس بالظنون إنما هو متتبع للعورات ، ويستحق بذلك الوعيد الشديد الذي ذكره النبي ﷺ .

كل هذه الأدلة شاهدة على منع أخذ الناس بالظنون كشفاً وبحثاً وتجسساً، فما لم يظهر من المحظورات فليس للقائم بالأمر أن يتجسس عنها ولا أن يهتك الأستار حذراً من الاستتار بها[٢] .

وأستطيع القول بعد سرد هذه الأدلة أن مجرد الظن لا يبيح أي إجراء من إجراءات التحقيق ؛ فإنه لا يسمح للوالي أن يكشف أو يتجسس أو يفتش أو يحبس أو يضرب أو يأخذ إنساناً مهما كان ، إن كان دافعه نحو ذلك مجرد الشك والظن ؛ إذ القاعدة الشرعية تقول : (الأصل براءة الذمة)[٣] . وهذا الأصل هو الثابت بالأدلة الشرعية القطعية ، والحكم على الإنسان بالبراءة ابتداءً مانع لرفع هذا الحكم بدون

---

(١) (الترمذي/ البر والصلة/ باب ما جاء في تعظيم المؤمن/ ح٢٠٣٢ ، وقال حديث غريب) واللفظ له (ابن ماجه/ الحدود/ باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات/ ح٢٠٣٢) (أحمد/ عن أبي برزة الأسلمي/ ح١٩٣٠٢/ عن ثوبان/ ح٢١٨٩٦) (صحيح ابن حبان/ ج١٣ص٧٥/ ح٥٧٦٣) (الهيثمي/ موارد الظمآن/ ص٣٥٩/ ح١٤٩٤) (مسند الروياني/ ج١ص٢١٩/ ح١٣١٢) (مسند أبي يعلى/ ج٣ص٢٣٧/ ح١٦٧٥ / ج١٣ص٤١٩/ ح ٧٤٢٣) (الهيثمي/ مجمع الزوائد/ ج٦ص٢٤٦) .

وجوف الرحل : أي جوف بيته، فالرحل : منزل الرجل ومسكنه وبيته. (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١١ص ٢٧٥).

(٢) انظر : (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣١٤) .

(٣) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص٥٣) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج١ص٢٠٣) .

دليل ، إذ إن الرافع لابد أن يداني المرفوع قوة حتى نجيز رفعه ، وليس الظن كذلك مقارنة مع اليقين وهو براءة الذمة .

وقد قال الفقهاء : (لا عبرة بالظن البين خطؤه) [1] ، و(لا عبرة للتوهم)[2] . و(العبرة بالكثير من الأمور لا بالقليل ولا بالشاذ) [3] .

فالظن بالمسلمين فعلاً حراماً إنما هو توهم طارئ على أصل ثابت مستصحب وهو البراءة، فلا يؤثر فيه ولا يغير من حكم البراءة .

والحاكم الذي يجعل للظن قوة ترفع حكم البراءة ناقض الشارع في أحكامه ، ويخالف الشريعة في نسقها ومنهجها ، وكل من ناقض الشريعة فعمله في المناقضة باطل[4] ، كما قال الإمام الشاطبي[5] رحمه الله .

فإذا أراد الإمام تعقب الجرائم والمجرمين فليس له من سبيل إلى ذلك إلا بوجود علامات وقرائن تدل بغلبة الظن على أن حرمة من حرمات الله تنتهك الآن أو أنها قد انقضت وانتهت ، فعندها يصح تدخله ويحمد له زجر فاعله وعقابه كذلك. أما قبل العلامات والقرائن فإن حرمة الإنسان وحقه في حريته الشخصية مقدم على شك الحاكم أو ظنه البعيد عن المؤيدات والأدلة، وقد قال رسول الله ﷺ: « إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث » [6] .

---

(١) (جمعية المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص٧٥/ م٧٢٥) (الزركشي/ المنثور/ ج٢ص٣٥٣) .

(٢) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٥ص٥٨) .

(٣) (اطفيش/ شرح النيل وشفاء الغليل/ ج٨ص٦٧٢) .

(٤) (الشاطبي/ الموافقات/ ج٢ص٣٣٣) .

(٥) الشاطبي : أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي ، محقق فقيه أصولي مجتهد، ت ٧٩٠هـ ، من مؤلفاته : الاعتصام ، وكتاب المجالس ، وعنوان الاتفاق في علم الاشتقاق . انظر : (مقدمة كتاب الموافقات/ تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد/ ص٦) .

(٦) (البخاري/ النكاح/ باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع/ ح٥١٤٤) (مسلم/ البر والصلة والآداب/ باب تحريم الظن والتجسس والتنافس والتناجش ونحوها/ ح٢٥٦٣) (الترمذي/ البر والصلة/ باب ما جاء في ظن السوء/ ح١٩٨٨، وقال حديث حسن صحيح) (مالك/ الجامع/ باب ما جاء في المهاجرة/ ح١٦٨٤) (أحمد/ عن أبي هريرة/ ح٧٢٩٢، ٧٧٩٨، ٧٣٣٤، ٨٢٩٩، ٩٦٧٥، ٩٧٢٨، ٩٨٨٩، ١٠١٧٥، ١٠٣٢٣، ١٠٥٦٦) .

يقول الإمام الجصاص في هذا الحديث :

« فهذا الظن المحظور ، وهو ظنه بالمسلم سوءاً من غير سبب يوجبه ، وكل ظن فيما له سبيل إلى معرفته مما تعبد بعلمه فهو محظور ؛ لأنه لما كان متعبداً تعبد بعلمه ونصب له الدليل عليه ، فإن لم يتبع الدليل وحصل على الظن كان تاركاً للمأمور به، وأما ما لم ينصب له عليه دليل يوصله إلى العلم به وقد تعبد بتنفيذ الحكم فيه ، فالاقتصار على غالب الظن وإجراء الحكم عليه واجب »[1].

وإياكم كلمة للتحذير والزجر ، وفيه تهديد بالعقوبة عند الله تعالى ؛ إذ إن إعمال الظن والشك دون دليل يقويه فيه إفساد لعلائق الناس بعضهم ببعض ، ومقصد الشريعة توثيق عرى التواصل بين الناس ، فمن عمل بضده فهو يخالف الشريعة .

يقول الإمام الماوردي : « فإن كان حاكماً رفع إليه رجل قد اتهم بسرقة أو زناً، لم يكن للتهمة بها تأثير عنده ، ولم يجز أن يحبسه لكشف ولا استبراء ، ولا أن يأخذه بأسباب الإقرار إجباراً ، ولم يسمع الدعوى عليه في السرقة إلا من خصم مستحق لما قرف ، وراعى ما يبدو من إقرار المتهوم أو إنكاره »[2].

الفرع الثاني : البحث والكشف بغلبة الظن :

إن حصل عند ولي الأمر ظن غالب بأن هناك من يفعل جرماً يعاقب عليه الشرع ، لم يبلغ درجة العلم والقطع ولم يجاهر به حتى يُعلم ، و كان الظن لقرينة ظاهرة كإخبار ثقة[3] ، أو بعلامات تدل على وقوع المنكر ، إلا أنها دون العلم بوقوعها . فاختلف العلماء في حكم التجسس والبحث والكشف عنها بحسب الحق

(١) (الجصاص/ أحكام القرآن/ ج٣ص٦٠٥) .

(٢) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٧٣) .

(٣) انظر : (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩ص٢١٩) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٤٩) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ص١٨٢) .

الذي تمسه هذه الجريمة .

فإنه إما أن يكون حقاً خالصاً لله تعالى ، أو أن يكون حقاً مشتركاً ، ولكل حالة حكم خاص .

أولاً : فإن كان الحق الذي يغلب على الظن أنه ينتهك لله خالصاً ، مما لا يؤثر في فعله إلا على فاعله ، فالعلماء فيه على قولين :

القول الأول : لا يجوز لولي الأمر أن يتجسس عليه ولا أن يكشف الأستار عنه ، ولا أن يتعمق في البحث عن فعله ، وإن هذا الفعل محرم .

وأصحاب هذا القول هم : الحنفية[1] والحنابلة [2]، وفي قول عند المالكية[3] ، والشافعية[4] .

وقد انقسم هذا الفريق إلى قسمين بخصوص جواز وعظه والإنكار عليه بالقول:

فريق يرى منع الوعظ وقال هو حرام ؛ لأنه فيه إساءة الظن بالمسلم[5] .

وفريق يرى جواز إنكار ذلك عليه بالوعظ دون رفعه للإمام[6] .

واستدل القائلون بمنع الكشف والبحث في هذه الحالة بما يلي :

١ - أن فيه -أي الكشف والبحث- هتك ستر للمسلم وهذا ممنوع[7] .

---

(١) (الخادمي/ بريقة محمودية/ ج٣ص٢٥٥) .

(٢) (السفاريني/ غذاء الألباب شرح منظومة الآداب/ ج١ص٢٦٤) .

(٣) (النفراوي/ الفواكه الدواني/ ج٢ص٢٩٩) (حطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٦٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٨٦) .

(٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٨٠) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣١٤) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٧٩) .

(٥) انظر : (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٧٩) .

(٦) (السفاريني/ غذاء الألباب/ ج١ص٢٦٤) ، ونقل هذا القول عن ابن الجوزي .

(٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٨٦) .

٢- واستدلوا بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، أنه دخل على قوم يتعاقرون على شراب[١] ، ويوقدون في أخصاص[٢] ، فقال : نهيتكم عن المعاقرة فعاقرتم ، ونهيتكم عن الإيقاد في الأخصاص فأوقدتم ، فقالوا : يا أمير المؤمنين ، قد نهاك الله عن التجسس فتجسست ، ونهاك عن الدخول بغير إذن فدخلت ، فقال عمر رضي الله عنه : هاتان بهاتين ، وانصرف ولم يتعرض لهم[٣] .

ووجه الاستدلال وإن لم يبينوه ، إلا أنه واضح ؛ فالجريمة من حقوق الله تعالى، وضررها على فاعلها لا يتجاوزه إلى المجتمع ، ثم هو مستتر على نفسه بذاك ولم يجاهر بها ، فلا يحق للإمام أن يبحث أو يكشف عن أمثالهم ، وهذا ما فطن له سيدنا الفاروق ، فانصرف ولم يتعرض لهم ، ولو كان الإنكار سائغاً -والحالة هذه- لما تركهم وانصرف رضي الله عنه .

والظاهر من حالهم أنهم كانوا مستترين ، وحصول العلم عند سيدنا عمر كان بغلبة الظن في الابتداء ثم انقلب إلى علم في الانتهاء .

القول الثاني : يجوز لمن له الولاية وغلب على ظنه حصول منكر يعاقب عليه الشرع أن يتجسس ويبحث ويكشف عن الفاعلين وعن جريمتهم .

وهذا قول عند المالكية[٤] ، وقول عند الشافعية[٥] .

واستدلوا على هذا بالمصلحة ، وأن ذلك داخل في ولاية الإمام ، فله أن يكشف عن مرتكبي المعاصي وأن يكشف شرهم .

---

(١) يتعاقرون : أي يشربون ، ومعاقر الخمر من يدمن على الشرب ، مأخوذ من عقر-الحوض لأن الإبل تلازمه . (ابن الجوزي/ غريب الحديث/ ج٢ص١١٣) .

(٢) الخص : بيت يعمل من الخشب والقصب ، وجمعه خصاص وأخصاص ، وسمي به لما فيه من الخصاص ، وهي الفُرج والأنقاب . (الجزري/ النهاية في غريب الحديث/ ج٢ص٣٧) .

(٣) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٣٣٣/ ح١٧٤٠٣) (مصنف عبد الرزاق/ ج١٠ص٢٣١/ ح١٨٩٤٢) (تاريخ الطبري/ ج٢ص٥٦٧) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣١٤، ٣١٥) .

(٤) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٢٤) .

(٥) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٤٩) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ص١٨٢) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩ ص٢١٩) .

الراجح بين القولين :

أما الذي أراه راجحاً بين القولين فهو -والله أعلم- قول من قال بعدم جواز التجسس والبحث والكشف عمن يستتر بجرم هو من حق الله تعالى الخالص ، إذا غلب على ظن الإمام أو الوالي أن فلاناً يفعل هذا الفعل ؛ كأن يغلب على ظن الإمام أن فلاناً الآن يغلق الباب دون الناس وهو يشرب الخمر أو قد شربها وانتهى، أو أنه سيشربها (وكل ذلك إن كان بغلبة الظن) ، إلا أنه له أن يعظه ويذكره بالله إن كان لا يحدث بذلك مفسدة أعظم . وليس في ذلك شيء من إساءة الظن بالمسلم ؛ لأن من يقف مواقف التُّهَم اتُّهم ، فمن غلب على ظن الناس أنه يشرب الخمر ما كان لهم ذلك إلا بأمارات وعلامات منه على فعله ذلك ، ومن يقف هذه المواقف حُقّ لوالي الجرائم محتسباً كان أو شرطياً أن يمنعه وأن يعظه وأن يهدده ، ولكن يسن له الستر عليه وعدم رفع الأمر للقاضي .

أما الدليل على ما تم ترجيحه ؛ فعلاوة على ما ذكروه من أدلة ، أسوق من الأدلة ما يؤيد قولهم ورأيهم :

١- النصوص الشرعية المانعة للتجسس عموماً كقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَجَسَّسُوا﴾[1]، فإنه يشمل كل المخاطبين ولاة أمر أو غيرهم ، والنهي للتحريم كما ذكر العلماء ، إذ لا صارف له إلى الكراهية .

أما الذي يؤيد هذا الاستدلال من منع التجسس على من يرتكب ما نهى الله عنه ، وكان هذا المنكر مما يتعلق بحق الله وغلب على ظن الإمام أنه يفعله ، ما رواه الحاكم في مستدركه عن عبد الرحمن بن عوف ، أنه حرس مع عمر بن الخطاب رضي الله عنهما ليلة بالمدينة ، فبينما هم يمشون شب[2] لهم سراج في بيت ، فانطلقوا

---

(١) (سورة الحجرات ، آية رقم ١٢) .

(٢) شب : أشبّ لي الرجل إشباباً إذا رفعت طرفك فرأيته في غير أن ترجوه أو تحتسبه . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١ص٤٨٢) .

يؤمونه[1] حتى إذا دنوا منه، إذا باب مجاف[2] على قوم لهم فيه أصوات مرتفعة ولغط[3] ، فقال عمر رضي الله عنه وأخذ بيد عبد الرحمن : أتدري بيت من هذا ؟ قلت : لا . قال : هذا بيت ربيعة بن أمية بن خلف ، وهم الآن شرب ، فما ترى؟ قال عبد الرحمن : قلت : أرى أنا قد أتينا ما نهى الله عنه ﴿ وَلَا تَجَسَّسُوا ﴾ [4]، فقد تجسسنا ، فانصرف عنهم عمر رضي الله عنه وتركهم[5] .

فإن الذي غلب على ظن ولي الأمر أنهم يفعلون منكراً يتعلق بحق الله تعالى وهو شرب الخمر ، ففهم كلاهما رضي الله عنهما أنه مشمول بالنهي الوارد في الآية الكريمة من منع التجسس ، فانصرف ولم يؤنبهم ولا عاقبهم .

فهذا الفهم من الصحابة الكرام دال على أن العموم الوارد في الآية شامل لهذه الحالة ، وهذا كافٍ في تقرير ما ذهبنا إليه .

٢- ما رواه أبو داود في سننه ، أن ابن مسعود قيل له : هل لك في فلان تقطر لحيته خمراً ؟ قال : إن الله عز وجل نهانا عن التجسس ، وإن يظهر إلينا شيئاً أخذناه »[6] .

وهذا يدل كذلك على موطن النزاع ؛ فالحق من حقوق الله الخالصة ودرجة علم الإمام بذلك هي غلبة الظن ، ولذلك قال : وإن يظهر إلينا شيئاً أخذناه . فكان

---

(١) يؤمونه : أمّ يؤمه ، إذا قصده . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ص٢٢) .

(٢) مجاف : أجفت الباب ، إذا رددته . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٩ص٣٥) .

(٣) اللغط : الأصوات المبهمة المختلطة والجلبة لا تفهم. (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٧ص٣٩١).

(٤) (سورة الحجرات ، آية رقم ١٢) .

(٥) (الحاكم/ المستدرك/ ج٤ص٤١٩/ ح٨١٣٧) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٣٣٣/ ح١٧٤٠٣) (مصنف عبدالرزاق/ ج١٠ص٢٣١/ ح١٨٩٤٣) (الثقات/ ابن حبان/ ج٤ص٢٦٧/ ح٢٨٥٢).

(٦) (أبو داود/ الأدب/ باب في النهي عن التجسس/ ح٤٨٩٠) (السنن الكبرى للبيهقي/ ج٨ص٣٣٢/ ح١٧٤٠٤) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص٣٤٧/ ح٢٦٥٦٨) (مصنف عبد الرزاق/ ج١٠ص٢٣٢/ ح١٨٩٤٥) (مسند البزار/ ج٥ص١٧٤/ ح١٧٦٩) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج٩ص٣٥٠/ ح٩٧٤١) (البيهقي/ شعب الإيمان/ ج٦ص٩٩/ ح٧٦٠٤/ ج٧ص١٠٨/ ح٩٦٦١) .

الفعل قبل الإظهار، فجاء الحكم أن هذا مما نهى الله عنه وهو التجسس .

٣- أن الجرائم المتعلقة بحق الله تعالى إنما توجب نقصاً على الفاعل لا يتعداه إلى غيره في مثل هذه الصورة من عدم مجاهرة وعدم استخفاف بالشرع ، ولذلك وجدنا الشرع في نصوصه مانعاً من تتبع العورات ، ولقد قال رسول الله ﷺ ، فيما يرويه أبو هريره رضي الله عنه : « لو أن امرأً اطلع عليك بغير إذن ، فحذفته بحصاة ففقأت عينه ، لم يكن عليك جناح» [١].

فإن كانت الجرائم التي هي حق لله من قبيل العورات الخاصة بالإنسان لعدم تعلق حق الغير بها ، فإنها مما يجب عدم البحث عنه ، ولزوم الستر عليه .

أما الأدلة التي تأمر بالستر على صاحب المعصية ، فإنها بعد حصول العلم بوقوع الجرم ، ولهذا موضع آخر نبحثه بعد قليل إن شاء الله تعالى .

٤- إن هناك جملة من الأدلة على الندب إلى الستر ، كقول رسول الله ﷺ فيما يرويه ابن عمر رضي الله عنهما : « من نفّس عن مسلم كربة من كرب الدنيا ، نفّس الله عنه كربة من كرب الآخرة ، ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة ، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه » [٢].

والحديث الذي رواه عقبة بن عامر ، أن رسول الله ﷺ قال : « من رأى عورة

---

(١) (البخاري/ الديات/ باب من اطلع في بيت قوم ففقئوا عينه فلا دية له/ ح٦٩٠٢) (مسلم/ الآداب/ باب تحريم النظر في بيت غيره/ ح٢١٥٨) (النسائي/ القسامة/ باب ما اقتص وأخذ حقه دون السلطان/ ح٤٨٦١) (أبو داود/ باب الاستئذان/ ح٥١٧٢) (أحمد/ عن أبي هريرة/ ح٧٢٧١، ٧٥٦١، ٨٧٧١، ٩٠٩٦، ٩٢٤١، ١٠٤٤٥) .

(٢) (البخاري/ المظالم/ باب لا يظلم المسلم المسلم/ ح٢٤٤٢) (مسلم/ البر والصلة/ تحريم الظلم/ ح٢٥٨٠) (الترمذي/ الحدود/ باب ما جاء في الستر على المسلم/ ح١٤٢٦، وقال حديث حسن صحيح) (أبو داود/ الأدب/ باب المؤاخاة / ح٤٨٩٣) (أحمد/ مسند عبد الله بن عمر/ ح٥٦١٤، ٧٣٧٩/ ومسند أبي هريرة/ ح١٠٢٩٨، ١٠٣٨٢، ١٦٥١١) (ابن ماجه/ المقدمة/ باب فضل العلماء والحث على طلب العلم/ ح٢٢٥) .

فسترها كان كمن أحيا موءودة »[1] ، والعورة ما يخص الإنسان من النقائص .

وقصة رواية عقبة بن عامر رضي الله عنه للحديث ، كما أوردها أبو داود في سننه : أن كاتباً له اسمه دخين[2] قال كان لنا جيران يشربون الخمر ، فنهيتهم فلم ينتهوا ، فقلت لعقبة بن عامر : إن جيراننا هؤلاء يشربون الخمر وإني نهيتهم فلم ينتهوا ، فأنا داعٍ لهم الشُّرَط ، فقال : دعهم ، ثم رجعت إلى عقبة مرة أخرى فقلت: إن جيراننا قد أبوا أن ينتهوا عن شرب الخمر ، وأنا داع لهم الشرط ، قال : ويحك دعهم فإني سمعت رسول الله ﷺ ، فذكر معنى الحديث .

والحديث يدل على أن الجريمة كانت من حق الله الخالص ، وكان فعلهم لهذه الجريمة بدون مجاهرة ، وإنما حصل العلم لدخين بغلبة الظن ، إما من رائحة أو صوت وغيرهما ؛ لأن المجاهرة لا يجوز السكوت عنها باتفاق العلماء، كما سيأتي .

وفي حديث نعيم بن هزال الذي رواه عقبة بن عامر ، عندما جاء ماعز إلى النبي ﷺ وكان هزال قد أمر ماعزاً أن يأتي النبي ﷺ ، فقال عليه الصلاة والسلام لهزال : « لو سترته بثوبك كان خيراً لك »[3] .

---

(١) (أبو داود/ الأدب/ باب الستر على المسلم/ ح٤٨٩١) (الحاكم/ المستدرك/ ج٤ص٤٢٦/ ح٨١٦٢) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٣٣١/ ح١٧٣٨٧) (مسند الطيالسي/ ص١٣٥/ ح١٠٠٥) (الهيثمي/ مجمع الزوائد/ ج٦ص٢٤٧) (الطبراني/ المعجم الأوسط/ ج٢ص١٣٢/ ح١٤٨١) (النسائي/ السنن الكبرى/ ج٤ص٣٠٧/ ح٧٢٨١) (الهيثمي/ موارد الظمآن/ ص٣٥٩/ ح١٤٩٣) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١٧ص٣١٢/ ح٨٦٤/ ج١٧ ص٣١٩/ ح٨٨٣) (مسند الشهاب/ ج١ص٢٩٦/ ح٤٨٨) .

(٢) دخين : هو دخين بن عامر الحجري ، أبو ليلى المصري ، روى عن عقبة بن عامر وكان كاتبه، ذكره ابن حبان في الثقات ، روى له البخاري والنسائي وأبو داود وابن ماجه ، توفي ١٠٠هـ . (ابن حجر/ تهذيب التهذيب/ ج٣ص ١٨٠) .

(٣) (أبو داود/ الحدود/ باب في الستر على أهل الحدود/ ح٤٣٧٧) (موطأ مالك/ الحدود/ باب ما جاء في الرجم/ ح ١٥٥٣) (أحمد/ عن نعيم بن هزال/ ح٢١٣٨٣، ٢١٣٨٤، ٢١٣٨٥، ٢١٣٨٦، ٢١٣٨٧، ٢١٣٨٨) (الحاكم/ المستدرك/ ج٤ص٤٠٣/ ح٨٠٨٠) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٣٣٠/ ح١٧٣٨٣) (النسائي/ السنن الكبرى/ ج٤ص ٣٠٦/ ح٧٢٧٥) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص٥٤٠/ ح٢٨٧٨٤) (مصنف عبد الرزاق/ ج٧ص٣٢٣/ ح ١٣٣٤٢) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج٢٢ص٢٠١/ ح٥٣٠) .

وفي حديث صفوان بن أمية عندما أمسك باللص وجاء به إلى رسول الله ﷺ، فلما أخذوه ليقطعوه، قال : هو صدقة يا رسول الله ؟ فقال الرسول ﷺ: « هلاّ كان قبل أن تأتيني، أيما حدٍّ بلغني فقد وجب »[1].

ولقد خاطب النبي ﷺ صاحب المعصية آمراً إياه بالستر على نفسه خوفاً من اطلاع الناس عليه، فعن زيد بن أسلم، أن النبي ﷺ قال : « من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله، فإنه من يُبْدِ لنا صفحته، نقم حد الله تعالى عليه »[2]. كل هذه الأحاديث تدل على أن من ارتكب معصية في حق الله تعالى، فإن الأولى له الستر، سواء أن يستر الفاعل على نفسه، أو أن يستر الغير على الفاعل.

وهذا توجيه نبوي شريف إلى أن هذه المعاصي ما دامت في حقوق الله تعالى، وكان أذاها يقتصر على الفاعل، فإن الستر فيها أولى وأحسن.

فحري بولي الأمر أن يستر على الناس، بل أن لا يسعى بمحرم لتحصيل أمر مكروه، والمحرم هو التجسس، والمكروه هو كشف الستر عن الإنسان المسلم. وهذا الحكم لا يتعارض مع وجود زمرة من الأعوان تحفظ الأمن والاستقرار، تمارس عملها بالليل والنهار، فإن تسيير الشرط والعسس وولاة الجرائم للمحافظة على أمن المجتمع لا يتعارض مع ما قلناه من حرمة للتجسس وكراهية لكشف الستر عن المسلمين.

فإن الممنوع هو التجسس والكشف والبحث بغلبة الظن. أما الحصول على ما يفيد في نسبة الجرائم لأصحابها دون تجسس ودون انتهاك لحرمة الإنسان فإنه مشروع

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص٦٤ .

(٢) (مالك/ الحدود/ باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا/ ح١٥٦٢، واللفظ له) (الحاكم/ المستدرك/ ج٤ ص٢٧٢/ ح٧٦١٥، ٨١٥٨/ ج٤ص٢٢٥) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ ص٣٢٦/ ح١٧٣٥٢، ١٧٣٧٣، ١٧٣٧٩) (مصنف عبد الرزاق/ ج٧ص٣٦٩/ ح ١٣٥١٥) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج٩ص١٨٤/ ح٨٩٠٦) (البيهقي/ شعب الإيمان/ ج٧ص١١١/ ح٩٦٧٤) .

مرغوب ، كأن يراقب أفعاله الظاهرة ويوكل به من يعرف أمره فيما ظهر منه ، حتى إذا علم بحصول ما يمنعه الشرع مما يمس حق الله تعالى مما لا يؤثر على الناس ، فمتى علم ذلك بظهوره جاز له أن يتدخل وأن يمنعه من ذلك .

وقد كان عمر رضي الله عنه يعس في شوارع المدينة المنورة ليلاً يتسقط أخبار المسلمين لمعرفة أحوالهم ، ويعين ذا الحاجة فيهم ، ويرفع الظلم عن المظلوم[1] .

وقال الفقهاء : « إن المحتسب يلازم الأسواق والدروب في أوقات الغفلة عنه ، ويتخذ له فيها عيوناً يوصلون إليه الأخبار وأحوال السوقة »[2] .

ثانياً : أن يكون الحق الذي غلب على ظن الإمام أنه يرتكب حقاً مشتركاً :

كأن يخبره ثقة أن رجلاً خلا برجل ليقتله ، أو امرأة ليزني بها ، فهل يحق للإمام أن يتجسس وأن يبحث ويكشف عن حاله .

فالعلماء متفقون على جواز التجسس إذا كان الحال على ما ذكر[3] ؛ وذلك خوفاً من فوات ما لا يستدرك من انتهاك المحارم .

وهناك قول ذكره الشافعية أنه يجب على الإمام التجسس[4] ؛ وذلك خوفاً من تمكن الفاعل من جريمته .

والذي أراه أن التجسس يصبح والحالة هذه واجباً ، وكذلك الحال إذا غلب على ظنه أن رجلاً قد قتل آخر وانتهى من جريمته ، فإن التجسس عليه للكشف عن حاله واجب ؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، وإن من أوجب الواجبات

---

(١) انظر : (ابن كثير/ تفسير ابن كثير/ ج٣ص٢٩٤) (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص٦٢) .

(٢) (الشيزري/ نهاية الرتبة/ ص١٠) .

(٣) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٨٠) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ص١٨٢) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ ص٤٩) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣١٤) (السفاريني/ غذاء الألباب/ ج١ ص٢٦٤) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩ص٢١٩) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٨٧).

(٤) انظر : (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٨٠) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٨٠) .

حماية الأرواح والدماء وحفظها ، ولا يتوصل إلى ذلك في مثل هذه الأحوال إلا بما ذكرنا من تجسس وبحث وتنقير ، فصار واجباً.

والتعبير بالوجوب أكثر دقة ، وإلا فالكل جائز .

وله أن يوكل به من يلازمه ، كما أجاز الفقهاء ملازمة الغريم غريمه ، وهذا الجاني غريم الأمة ، فوجب على الإمام أن يلازمه ويتعهده بالكشف والبحث حتى لا يهيئ له فرصة ارتكاب الجرائم أو الفرار منها حال ارتكابها .

والفرق بين الملازمة في الديون والملازمة في الجرائم ؛ أنها في الديون تكون ظاهرة ، وأمام الغريم، أما في الجرائم فالملازمة تصح بالخفاء ليعلم حال الجاني لعله يستفيد في نسبة الجريمة إلى فاعلها .

يقول ابن الماجشون[1] في اللصوص وقطاع الطريق : أرى أن يطلبوا في مظانهم ويعان عليهم حتى يقتلوا أو ينفوا من الأرض بالهرب[2] .

الفرع الثالث : البحث والكشف بالعلم :

وذلك أن يعلم الإمام حصول جريمة أو أن يعلم أنها تحصل الآن ، أو يعلم أنها ستحصل بعد زمن ، فهل للإمام الكشف والبحث؟

للمسألة تفصيل بحسب الحق الذي تتعدى عليه هذه الجرائم ، وبحسب المجاهرة في هذا الفعل .

ولم أبحث المجاهرة في الفرع السابق ؛ لأن المجاهرة يلزم منها يقين العلم بحصول المعصية ، وهو موضوع هذا الفرع . ولذا بحثت المسألة في صورتين :

الصورة الأولى : أن يكون غير مجاهر بالمعصية ، بل مستتراً عن أعين الناس وعلم الوالي بنفسه أو بأعوانه بالقطع أن فلاناً فعل أو يفعل أو سيفعل معصية . فإنها لا تخرج عن إحدى حالتين :

---

(١) ابن الماجشون : عبد الملك بن عبد العزيز الماجشوني المديني ، وهو مفتي المدينة ، وكان ضريراً عمي في آخر زمانه . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج١٠ص٣٦٠) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٨٧) .

أولاً : أن يكون حقاً لله خالصاً.

وثانياً : أن يكون حقاً مشتركاً.

أما الأول : كأن يعلم بقاطع العلم أن فلاناً شرب الخمر مستتراً ، أو أنه سيشرب الخمر مستتراً ، أو أنه يشربها الآن مستتراً . فهل للوالي أن يتجسس وأن يكشف ويبحث بنفسه أو بأعوانه ؟ للعلماء في المسألة قولان :

القول الأول : يرى جواز التجسس والكشف والبحث ، وهو قول عند المالكية[1] وقول عند الشافعية[2] .

ودليلهم : أن من واجب الولاة منع المنكرات ، ومنع أصحابها من فعلها، بحسب ما يفهم من أقوالهم في هذه المسألة .

القول الثاني : أنه لا يجوز له التجسس ، وهو قول جمهور العلماء[3] . إلا أنه يحق له أن يعظه وينكر ذلك عليه دون أن يرفعه للإمام[4] .

أما حد المستتر من المجاهر ، فقالوا : إن المستتر هو من يفعل الفعل في موضع لا يعلم به غالباً غير من حضره ويكتمه ولا يحدث به ، وأما من فعله في موضع يعلم به جيرانه ولو في داره فإنه معلن مجاهر غير مستتر[5] .

وقالوا : إن من تستر بالمعصية في داره وأغلق بابه لم يجز أن يتجسس عليه إلا أن يظهر ما يعرفه ؛ كأصوات المزامير والعيدان[6] .

والراجح منهما هو قول من قال بأنه لا يجوز التجسس ، إنما يسن له الوعظ

---

(١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٢٤، ٣٢٥) .

(٢) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٤٩) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩ص٢١٩) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ ص١٨٢) .

(٣) انظر : (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٧٩) (السفاريني/ غذاء الألباب/ ج١ص٢٦٢، ٢٦٣) (ابن فرحون / تبصرة الحكام/ ص٣٢٦) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣١٤) .

(٤) انظر : (السفاريني/ غذاء الألباب/ ج١ص٢٦٤) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣١٤) .

(٥) (السفاريني/ غذاء الألباب/ ج١ص٢٦٣)

(٦) (السفاريني/ غذاء الألباب/ ج١ص٢٦٣) .

والإرشاد والنصيحة ، ما لم يظهر ، فإذا أظهر وبالمعصية جهر ، فالحد والعقوبة من شأنه ومصيره ، وهذا إذا انتهت جريمته وانقضت .

والدليل على ذلك :

١- أن الذي استتر بمعصيته دون الناس كان فعله في حق نفسه عيباً ونقصاً فيه، وعلاج العيب والنقص بالوعظ لا بالرفع للإمام ، وهذا ملحوظ في نصوص الشريعة الآمرة بالستر والنادبة إليه ، فإن كل هذه النصوص تتحدث عن جرائم لا تعلق للآدمي فيها ، ثم إن صاحبها أسرّها حتى لا يعلمها غيره ، وقد سبق أن ذكرت هذه الأدلة في الفرع السابق .

يقول العلماء : يحرم التجسس إذا تستر بفسقه ، ويحرم التعرض لمنكر فعل خفية أو ماضٍ بعيد ، وقيل يجهل فاعله ومحله[1] .

وقالوا : إن في كشف المستتر إشاعة للمنكر بما لا فائدة فيه ولا عود على الإسلام ، وإنما هو عيب ونقص فينبغي كفه ونسيانه دون إذاعته وإعلانه[2] .

٢- أن رسول الله ﷺ قال : « من رأى عورة فسترها كان كمن أحيا موءودة »[3] .

فالحديث يتحدث عن الذي يرى المعصية أو الذنب من أخيه المسلم ، وهذا يعني علمه بمعصية أخيه علماً قاطعاً ، إلا أن الستر له فضل عظيم ؛ يقول صاحب عون المعبود شارح سنن أبي داود : « إن من علم خصلة قبيحة من أخيه المؤمن ولو معصية قد انقضت ولم يتجاهر بفعلها وسترها كان ثوابه كثواب من أحيا موءودة . ووجه الشبه أن الساتر دفع عن المستور الفضيحة بين الناس التي هي كالموت ، فكأنه

---

(١) انظر : (العظيم آبادي/ عون المعبود/ ج١٣ص١٦١) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ ص٢٧٩) (السفاريني/ غذاء الألباب/ ج١ص٢٦٣) .

(٢) (السفاريني/ غذاء الألباب/ ج١ص٢٦٣) .

(٣) سبق تخريجه . انظر ص١٦٢ .

أحياه كما دفع الموت عن الموؤدة إذ أخرجها من القبر قبل أن تموت »[1].

وهـذه الأحكام راجعـة إلى إشاعة جـو الفضيلـة في أهل الإسلام ، فإن ذلك هدف من أهداف الشريعة ، ولذلك يقول تعالى : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَٰحِشَةُ فِى ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾[2] .

وقد قال أحد الوزراء الصالحين لبعض من يـأمر بـالمعروف : اجتهـد أن تسـتر العصاة ، فإن ظهور معاصيهم عيب في أهل الإسلام[3] .

وكل هـذا فـيمن علـم دون مجـاهرة بمعصـية تتعلـق بحـق الله المحـض ، إلا أن الملاحظ من جميع النصوص الواردة في الستر ندباً واستحباباً أنها تتعلق بالجريمـة بعـد وقوعها وانقضائها ، أما إن كان الجرم يقع الآن وعلم بذلك علماً جازماً -الـوالي أو من يعاونه- فلا يحل له تركه ، وإنما وجب نهيه وزجره ، كأن يعلم أن فلانـاً يشـرب الخمر بعلم جازم برؤية ، أو أنه يزني ، فلا يحل له أن يتركه بـل لا بـد أن يمنعـه مـن فعله وإتمامه .

وأما في رفع أمره للقاضي ، فإنه يرفع أمره للقاضي لينظر في شأنه ، وليس من الواجب على القاضي إقامة الحد عليه إلا إذا توفرت شروطه ، وقـد يكتفـى بمـا هـو دون الحد من التأديب والزجر ، فالحد هو الذي دفـع العلمـاء للقـول بأنـه لا يرفعـه للإمام خوفاً منه ، إلا أن الحد في كـثير مـن الصـور لا يلـزم ، لاخـتلال شـرط مـن شروط تحصيله .

أما الحالة الثانية : أن يكون حقاً مشتركاً ويعلمه الإمـام بـالجزم أنـه حصـل أو يحصل أو سيحصل ، ولكن دون مجاهرة من فاعله ؛ كأن يعلم الإمـام أن فلانـاً يقتـل فلاناً أو قتله أو سيقتله دون مجاهرة ، أو أنه سيزني بامرأة أو زنى أو أنه يزني ، وكله

---

(١) (العظيم آبادي/عون المعبود/ج١٣ص١٦٠) .

(٢) (سورة النور ، آية رقم ١٩) .

(٣) (السفاريني/غذاء الألباب/ج١ص٢٦٤) .

مشروط فيه التعدي ، بأن يكون ذلك غصباً لا برضا المزني بها ، فإن رضاه بالفعل يسقط حقها في المطالبة ، إما في التعدي فتصبح الحالة من الحقوق المشتركة .

أما رأي الفقهاء في هذه المسألة فقد اتفقوا على جواز البحث والكشف والتجسس[1] ، وأن يرفعه للإمام حتى ينظر فيه[2] .

وعبّر بعضهم بالوجوب ، وهو الأصوب .

وبذا نقول : إن والي الجرائم يحق له الكشف والبحث والتجسس إذا علم أن حقاً مشتركاً يعتدى عليه إن ماضياً أو حاضراً أو مستقبلاً ، فيقوم بهذا الإجراء وجوباً ، وله أن يتابع معه الإجراءات التي تلي عملية البحث والكشف.

الصورة الثانية : أن يكون مجاهراً بالمعصية ، بأن يقول ذلك أو يفعله أمام الناس ، بأن شرب الخمر أو سيشربه ، أو أنه زنى أو سيفعله ، أو قتل أو سيقتل ، فهذا تستوي فيه الحقوق في الكشف والبحث . فلولي الأمر أن يبحث ويكشف ويتجسس على مثله ، وهذا باتفاق الفقهاء[3] .

وبعضهم أيضاً -كما في المسائل السابقة- عبر بالوجوب ، والبعض الآخر بالجواز ، إلا أن الأصوب هو القول بالوجوب ، وقد تعذر الإمام زكريا الأنصاري[4]

---

(١) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣١٢) (حاشية الطبلاوي على تحفة المحتاج/ ج٩ص٢١٩) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٨٠) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٢٢) (السفاريني/ غذاء الألباب/ ج١ص٢٦٢) (الخادمي/ بريقة محمودية/ ج٣ص٢٥٥) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٦٨) (الجويني/ الغياثي/ ص ٢٢٧) .

(٢) انظر : (حاشية الطبلاوي على تحفة المحتاج/ ج٩ص٢١٩) .

(٣) انظر : المراجع السابقة .

(٤) زكريا الأنصاري : أبو يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري السنيكي المصري الشافعي ، ولد ٨٢٣هـ ، وتوفي ٩٢٦ هـ ، فقيه شافعي قاضٍ مفسر نحوي أصولي ، من مؤلفاته : أسنى المطالب شرح روضة الطالب ، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية ، منهج الطلاب ، تحفة الباري على صحيح البخاري . (حاجي خليفة/ كشف الظنون/ ج٢ص١٥٧٠، ١٦٣٥، ١٧٩٩، ١٨٩٦، ١١٤٧، ١٢٦٥) .

لمن قال بالجواز بقوله : « والغزالي[1] ومن تبعه عبّروا بالوجوب وهو لا ينافي تعبير المصنف كالأصحاب بالجواز ؛ إذ ليس مرادهم أنه مخير فيه بل إنه جائز بعد امتناعه قبل ارتكاب ذلك ، وهو صادق بالواجب » [2].

والأدلة على ذلك هي كما يلي - كما ذكرها أصحاب هذا الرأي:

١- قول رسول الله ﷺ : « كل أمتي معافى إلا المجاهرين ، وإن من الإجهار أن يعمل العبد بالليل عملاً ثم يصبح وقد ستره الله عز وجل ، فيقول: يا فلان عملت البارحة كذا وكذا ، وقد بات يستره ربه عز وجل ، ويصبح يكشف ستر الله عز وجل عنه » [3].

ودلالة الحديث واضحة، فإن حكم الجاهر يختلف عن حكم المستتر، والحديث يشير بلفظه إلى الحكم الأخروي، وربما يحتمل الحكم في الدنيا بقوله عليه الصلاة والسلام « معافى » فقد جاءت على صورة تحتمل الدنيا والآخرة ، فمن جاهر فلا يعفى عنه لا في الآخرة ولا في الدنيا .

٢- يقول ابن المناصف في بيان حكم الجاهر والمستتر :

« والفرق بينهما أن من تعرض بالمجاهرة واستخف باطلاع المسلمين على فواحشه قد حاول خرم قانون الحق ، واستباح حمى آداب الشرع ، وذلك منكر آخر أفحش مما وقع فيه ، فيجب تغييره عليه ، لأن انتهاك معالم الشرع بإبداء الفواحش وإعلانها كبيرة ، غير مواقعة المعصية نفسها ، فوجب أن ينتهى فيمن فعل إلى حكم

---

(١) الغزالي : حجة الإسلام أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي ، ولد بطوس سنة ٤٥٠هـ، ذكر له السبكي في الطبقات الكبرى ترجمة طويلة ، من تصانيفه : البسيط ، والوسيط، والوجيز ، وإحياء علوم الدين ، والمستصفى وغيره كثير. (ابن قاضي شهبة/ طبقات الشافعية/ ج٢ص٢٩٣) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٦٨) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ج٤ ص١٩٦) .

(٣) (البخاري/ الأدب/ باب ستر المؤمن على نفسه/ح٦٠٦٩) (مسلم/ الزهد والرقائق/ باب النهي عن هتك الإنسان ستر نفسه/ح٢٩٩٠) (سنن البيهقي الكبرى/ج٨ص٣٢٩/ح١٧٣٧٧) (الطبراني/ المعجم الصغير/ج١ص٣٧٨/ح٦٣٢) (الطبراني/ المعجم الأوسط/ج٤ص٣٨٣/ ح٤٤٩٨) (البيهقي/ شعب الإيمان/ج٧ص١١/ح٩٦٧٣) .

قوله ﷺ : «من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله ، فإنه من يُبد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله»[1] ، فدلّ أمره ﷺ بالاستتار على أن المجاهرة بالمعصية معصية أخرى ، ودل قوله ﷺ «من يُبد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله» أنه لا ينبغي تركه ، بخلاف المستتر بذلك »[2].

ولعل مما يمكن الاستدلال لهم على هذا الحكم ، ما ذكرناه من قصة ابن مسعود رضي الله عنه عندما قيل له : هل لك في فلان تقطر لحيته خمراً ، قال : إن الله عز وجل نهانا عن التجسس ، وإن يظهر إلينا شيئاً أخذناه[3] .

فإن المجاهرة بالمعصية توجب كشف حال الفاعل وعدم الستر عليه ، ولذلك قال الفقهاء إن المجاهر لا يحرم التجسس عليه ؛ لأنه قد ألقى جلباب الحياء عن وجهه[4] . وأجازوا كذلك أن يكون التجسس عليه وكشف حاله بلا إذن إذا ظهر المنكر[5] .

وفي معنى هذه الأحكام نذكر ما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنه ، أن رسول الله ﷺ قال : « المجالس بالأمانة إلا ثلاثة مجالس : سفك دم حرام ، أو فرج حرام ، أو اقتطاع مال بغير حق »[6].

فالحديث يعالج مسألة المجاهر ، إذ إنه يفعل ذلك الفعل في مجلس الناس ، أو في مجلسه الخاص لكن بحضور الناس ، ومن كان هذا حاله فإنه لا أمان لمجلسه ،

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص١٦٣ .

(٢) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٢٦، ٣٢٧) .

(٣) سبق تخريجه . انظر ص١٦٠ .

(٤) انظر : (السفاريني/ غذاء الألباب/ ج١ص٢٦٢) .

(٥) انظر : (الخادمي/ بريقة محمودية/ ج٣ص٢٥٥) .

(٦) (أبو داود/ الأدب/ باب في نقل الحديث/ ح٤٨٦٩) (أحمد/ عن جابر بن عبد الله/ ح١٤٢٨٣) (سنن البيهقي الكبرى/ ج١٠ص٢٤٧/ ح٢٠٩٥١) (معمر بن راشد/ الجامع/ ج١١ص٢٢/ ح١٩٧٩١) (مسند الشهاب/ ج١ ص٣٧/ ح٣) (الديلمي/ الفردوس بمأثور الخطاب/ ج٤ ص٢١٥/ ح٦٦٥٠) (البيهقي/ شعب الإيمان/ ج٧ص ٥٢١ / ح١١١٩٤) .

فيصح نقل ما حدث للإمام أو لولي الجرائم ليكشف عنه ويعاقبه .

خلاصة هذا المطلب :

وخلاصة هذا المطلب تتمثل في أن الشريعة منحت الأفراد في الدولة الإسلامية حماية من التجسس والبحث والكشف ، فوق ما تمنحه أكثر القوانين الوضعية تطوراً.

يقول د. عثمان عبد الملك في قصة عمر رضي الله عنه مع السكارى :

« ومما لا شك فيه أن تصرف عمر في هاتين الحالتين يفوق في رعاية حرمة المساكن والأشخاص ما تحرص الدساتير الحديثة والقوانين الوضعية على تأكيده ، ذلك أنه من الجائز أن تعد هاتان الحالتان من قبيل التلبس في القوانين الحديث مما يجيز التفتيش والضبط » [(١)].

إلا أنه يجب ملاحظة أن عمر رضي الله عنه انصرف وتركهم وشأنهم ؛ لأن المعصية التي هم عليها من حق الله تعالى ، وإلا لو كان فعلهم هذا فيه زناً بامرأة ، أو قتل إنسان ، أو اعتداء عليه بالضرب ما انصرف ولا تركهم .

وبذا يصح القول بأن حفظ حرمة المساكن في هذا الجانب فاق ما عليه القانون الوضعي أيّاً كان مصدره .

إلا أن هذه الحماية ليست على إطلاقها ، وإنما لها حدود وضوابط تمّ ذكرها أثناء المطلب، وعند تجاوز هذه الحدود تصبح الحماية مؤدية لمفسدة أعظم من المصلحة المتحققة للفرد من وجودها ، فيمنع الإسلام عندها استمرار هذه الحماية ، وينتقل إلى حكم آخر وهو جواز التجسس والكشف والبحث ، إلا أن هذا التجسس وهذا البحث له ضمانات لتحقيق التوازن بين حق الشخص من الخصوصية وصيانة الأسرار ، وحق الدولة في تتبع الجرائم والحصول على أدلة الإدانة[(٢)] .

---

(١) (عثمان عبد الملك/ حق الأمن الفردي في الإسلام/ ص٢٩) .

(٢) انظر : (عثمان عبد الملك/ حق الأمن الفردي في الإسلام/ ص٢٩) .

وضمانات هذه المرحلة ما يلي :

١- أن لا يكون البحث بمجرد الظن دون وجود دليل ؛ لأنه لا عبرة بالتوهم، وسواء أكان الحق الذي يظن أنه ينتهك هو حق لله تعالى أم حق مشترك، حتى يبلغ مرحلة الظن الغالب ، فيسمح بالتجسس ضمن ضوابط أخرى .

٢- أن يتم التفريق بين خالص حق الله وبين الحق المشترك ؛ فإن كان الأول فلا تجسس ولا بحث ، سواء أكان بظن غالب أم بعلم أكيد ، ما دام الفعل مستتراً ولم يجاهر به .

وإن كان الثاني فيجوز التجسس والبحث بغلبة الظن وبالعلم الأكيد القاطع ، سواء أجاهر أم لم يجاهر .

٣- أن يكون البحث والكشف بإذن من ولي الأمر[1] ، أما الأفراد فليس لهم البحث ولا الكشف بهدف استقصاء الجرائم .

إلا إذا كان الفعل مجاهراً به ، فسواء أكان من حقوق الله أم من الحقوق المشتركة ، فإن كل مسلم يحق له أن يمنع فاعلها من الاستمرار سواء أكان مأذوناً له بذلك أم لا ، أما إن كان قد مضى وانتهى فهو للحاكم دون غيره ، وإن كان سيقع فهو للحاكم إلا إذا خاف الناس فوات ذلك بالتأخير لحين وصول والي الجرائم المكلف بذلك .

يقول ابن نجيم : « لكل مسلم إقامته حال مباشرة المعصية ، أما بعد الفراغ منها ، فليس ذلك لغير الحاكم »[2] .

---

(١) (عثمان عبد الملك/ حق الأمن الفردي في الإسلام/ ص٢٨) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٤٥) .

المطلب الثاني
التفتيش

في هذا المطلب أتناول الإجراء الثاني من إجراءات ولاية الجرائم في معالجة الجريمة التي تقع في المجتمع المسلم ، وهذا الإجراء هو التفتيش .

وبالاطلاع على كتب الفقه وجدت أن التفتيش أحد نوعين :

الأول : تفتيش الأماكن .

الثاني : تفتيش الأشخاص .

ولبيان كلا النوعين أفرد لكل منهما فرعاً .

الفرع الأول : تفتيش الأماكن :

في هذا الفرع أتناول حكم تفتيش الأماكن ، أو دخول المنازل ، أو الهجوم على دار المطلوب على حد تعبير الفقهاء.

لقد قررت الشريعة حرمة المساكن كأصل يعمل به في الشريعة ، وقد قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَدۡخُلُواْ بُيُوتًا غَيۡرَ بُيُوتِكُمۡ حَتَّىٰ تَسۡتَأۡنِسُواْ وَتُسَلِّمُواْ عَلَىٰٓ أَهۡلِهَاۚ ذَٰلِكُمۡ خَيۡرٞ لَّكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَذَكَّرُونَ ۝٢٧ فَإِن لَّمۡ تَجِدُواْ فِيهَآ أَحَدٗا فَلَا تَدۡخُلُوهَا حَتَّىٰ يُؤۡذَنَ لَكُمۡۖ وَإِن قِيلَ لَكُمُ ٱرۡجِعُواْ فَٱرۡجِعُواْۖ هُوَ أَزۡكَىٰ لَكُمۡۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعۡمَلُونَ عَلِيمٞ ﴾[1] .

إلا أن هذه الحرمة ليست على إطلاقها ، بل قد تحتاج الدولة أن تباشر إجراءات تحصيل أدلة الإدانة بجريمة وقعت لاستيفاء حق الأمة في العقاب ، فأذن الشرع بذلك وفق ضوابط وشروط[2] .

وهي شروط وضمانات تهدف إلى منع التعسف والاستبداد في اتخاذ إجراءات

---

(١) (سورة النور ، آية رقم ٢٧-٢٨) .

(٢) انظر : (عثمان عبد الملك/ حق الأمن الفردي/ ص٢٦، ٢٧) .

التفتيش وتحقيق التوازن بين حق الشخص في الخصوصية وصيانة الأسرار ، وحق الدولة في تتبع الجرائم والحصول على أدلة الإدانة[1] .

وهذه الضمانات تتفق ونظرة الفقهاء إلى الموازنة بين المقصدين الشرعيين ؛ الأول : الحفاظ على حرمة المساكن ، والثاني : استيفاء حق الأمة في العقاب ، وهذه الضمانات كما يلي :

١- أن تكون الجرائم التي يُهجم فيها أحدَ أمرين : إما أنها من حقوق الله الخالصة وتكون ظاهرة غير مستترة ، أو أن تكون من الحقوق المشتركة وتكون ظاهرة، أو يغلب على الظن حصولها إما في الماضي أو الحاضر أو المستقبل .

ومما يدل على اشتراط الظهور لجواز الهجوم ، ما روي أن عمر رضي الله عنه كان يعس ليلة مع ابن مسعود رضي الله عنه ، فاطلع من خلل[2] باب فإذا شيخ[3] بين يديه شراب ، فتسورا ، فقال عمر : ما أقبح شيخاً مثلك ، فقام إليه فقال : يا أمير المؤمنين : أنا عصيت بواحدة ، وأنت بثلاث ؛ تجسست وقد قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَجَسَّسُواْ ﴾[4] ، وتسورت وقد قال الله تعالى : ﴿ وَلَيْسَ ٱلْبِرُّ بِأَن تَأْتُواْ ٱلْبُيُوتَ مِن ظُهُورِهَا ﴾[5] ، إلى أن قال ﴿ وَأْتُواْ ٱلْبُيُوتَ مِنْ أَبْوَٰبِهَا ﴾[6] ، ودخلت بغير إذن وقد قال الله تعالى : ﴿ لَا تَدْخُلُواْ بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّىٰ تَسْتَأْنِسُواْ وَتُسَلِّمُواْ عَلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾[7] ، فقال عمر : صدقت ، فهل أنت غافر لي ، فقال : غفر الله لك ، فخرج عمر باكياً وقائلاً : ويلٌ لعمر إن لم يغفر الله له ، يجد الرجل يختفي بهذا عن أهله وولده والآن

(١) (عثمان عبد الملك/ حق الأمن الفردي/ ص٢٧) .

(٢) الخلل : الفرجة أو الثقبة الصغيرة . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١١ ص٢١٣) .

(٣) الشيخ : الذي استبانت فيه السن وظهر عليه الشيب ، وهو من خمسين إلى آخر . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٣ ص٣١) .

(٤) (سورة الحجرات ، آية رقم ١٢) .

(٥) (سورة البقرة ، آية رقم ١٨٩) .

(٦) (سورة البقرة ، آية رقم ١٨٩) .

(٧) (سورة النور ، آية رقم ٢٧) .

يقول : رآني أمير المؤمنين[1] .

فالجريمة التي هجم عليها سيدنا عمر رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنه هي مما توجب نقصاً وعيباً في الفاعل لا يتعداه لغيره ، واستغفار عمر رضي الله عنه وبكاؤه دليل على عدم مشروعية فعله ، وهذا ما يشكل أول ضمانة من ضمانات تفتيش المنازل .

٢- أن يكون هذا التفتيش بإذن الإمام أو الوالي أو القاضي ، وهذا مستفاد من نصوص الفقهاء من أن الذي يأمر بالهجوم هو القاضي أو الحاكم أو الأمير .

يقول ابن المناصف عن حالة التلبس :

« وهذا النوع ؛ فالأولى رفعه إلى الإمام أو إلى أحد الحكام ، ليكون ذلك عن إذنه وبأمره، لما يتوقع في نوعه من الفتنة بغير أمر السلطان ما لم يكن في موضع لا يمكن فيه الاستئذان إلا وقد فات فعل ذلك المنكر ، فتجب مبادرته والسعي في صرفه »[2]. فالخوف من فوات المنكر نتيجة طلب الإذن ، يجعل الإذن موجوداً في تلك الحالة ، دون الحاجة لتجديده من الحاكم كما سيتبين بعد قليل.

٣- أن يتأكد أن المطلوب موجود في المكان الذي يهجم عليه ، أو يطلبه فيه ، فلا يهجم بلا تأكد[3] ، ويكفي فيه غلبة الظن . يقول ابن فرحون في تبصرة الحكام : « أو بغلبة ظن بأن يطمع به في المكان » [4].

٤- أن الهجوم أجازه العلماء للضرورة ، وإلا فهو ممنوع ، إلا أن هذه الضرورة تقدّر بقدرها ، فيمنع كشف النساء وهتك الحرمات وإشهار العورات، بل يقوم به المكلفون بأقل الأضرار الممكنة، وذلك مأخوذ من الكيفية التي ذكرها العلماء

---

(١) (الخادمي/ بريقة محمودية/ ج٢ص٢٧٩، ٢٨٩) (عليش/ منح الجليل/ ج٩ص٣٥٧) .

(٢) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٢٣) .

(٣) انظر : (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٦٦) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٣٢٣) (الشرواني/ حواشي الشرواني / ج١٠ص١٩١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٦٩) .

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٦٩) .

للهجوم، والتي سترد بعد قليل.

٥- أن يكون الهجوم بمحضر من العدول أو الرجال الثقات حتى يشرفوا على العمل من ناحية ، وحتى يكونوا شهوداً على ما حصل أثناء الهجوم إذا سأل القاضي عن ذلك .

٦- إذا كانت الجريمة من حقوق الله تعالى الخالصة وكان فاعلها مستتراً فلا يصح الهجوم بناء على تجسس ، أما إن كانت بخلاف ذلك فجاز الهجوم بالتجسس . وقد ذكر د. عثمان عبد الملك في بحثه (حق الأمن الفردي) أن الإذن بالتفتيش لا يكون جائزاً إذا كان نتيجة لتجسس وسرد أدلة منع التجسس[١] .

إلا أن الكلام يجب أن يقيد بالضوابط التي ذكرتها سابقاً ؛ فإن المسلم إذا علم ولو بطريق التجسس أن شخصاً سيقتل آخر فهل يمتنع دخول الدار لأجل هذا ؟ وهل نقول إن ضبطه للفاعل باطل شرعاً ؟!

والجواب بالنفي لزوماً .

وهذا سنراه في الفصل الخامس عند الحديث عن أثر مخالفة أصول المحاكمات الجزائية ، وسنعلم أنه لا يحق إبطال هذا التصرف وتبرئة المتهم لأجل هجوم باطل ، أو تفتيش غير صحيح ، بل لمن فعل ذلك عقوبات أخرى وتدابير يتخذها الحاكم المسلم .

أما تفصيل أحكام الهجوم عند الفقهاء ، فأوردها فيما يلي :

الهجوم : إتيان الشيء على غفلة[٢] .

أو أنه : الإتيان بغتة والدخول من غير استئذان[٣] .

وللهجوم عند الفقهاء صورتان :

الأولى : ليس لها تعلق بأصول المحاكمات الشرعية الجزائية ؛ وذلك بأن يكون

---

(١) (عثمان عبد الملك/ حق الأمن الفردي في الإسلام/ ص٢٨) .

(٢) (المناوي/ التعاريف/ ص٧٣٩) .

(٣) (المطرزي/ المغرب/ ص٥٠١) (الصنعاني/ التاج المذهب/ ص٤٧٤) .

لرجل دَيْنٌ على رجل آخر ، فيتوارى المديون في منزله ، ويظهر ذلك للقاضي ، فيأمر بالهجوم عليه[1] .

الثانية : لها تعلق بموضوعنا ؛ بأن يعلم والي الجرائم أن حقاً -مما يحق له التدخل فيه- ينتهك على وجه من الوجوه المذكورة في المطلب السابق ، فيهجم على الفاعلين .

وقد قرر العلماء ابتداءً منع هذا الإجراء إذا كان بالظن -كما أسلفنا- فقالوا : « وليس لأحد التجسس والكشف ودخول الدور بالظنون »[2] .

ويفهم من كلام الإمام النووي[3] أن الدليل على هذا الحكم ما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه ، أن النبي ﷺ قال : « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان »[4] .

وجه الدلالة منه : أن الأمر ورد بتغيير المنكر ويكون هذا التغيير باليد أو باللسان أو بالقلب . إلا أن هذا الأمر من النبي ﷺ متعلق بالرؤية ، وهو منافٍ

---

(١) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ج٣ص٣٣٧) .

(٢) (المواق/ التاج والإكليل/ج٤ص٥٣٩) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ج٩ص٢١٩) (الجمل/ حاشية الجمل/ج٥ص١٨٢) (الرملي/ نهاية المحتاج/ج٨ص٤٩) (النفراوي/ الفواكه الدواني/ ج٢ص٢٩٩) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٨٠) (السفاريني/ غذاء الألباب/ج١ ص٢٦٤) (الهيتمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ج٢ص٢٨٠) (النووي / روضة الطالبين/ ج١٠ص٢٢٠) (الرملي/ شرح زبد ابن رسلان/ ص٢١) (المليباري/ فتح المعين/ ج٤ ص١٨٣).

(٣) النووي : أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن حزام النووي الدمشقي، ولد ٦٣١هـ ، كان عالماً فقيهاً محققاً حافظاً لحديث رسول الله ﷺ ، ولم يتزوج ، مات ببلده نوى بعد ما زار الخليل والقدس في رجب ٦٧٧هـ، ودفن بنوى ، من تصانيفه : الروضة ، والمنهاج ، وشرح المهذب ، ورياض الصالحين، والإيضاح والإيجاز ، وغيرها كثير . (ابن قاضي شهبة/ طبقات الشافعية/ ج٢ص١٥٣) .

(٤) (مسلم/ الإيمان/ باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان/ ح٤٩) (الترمذي/ الفتن/ باب ما جاء في تغيير المنكر باليد أو باللسان أو بالقلب/ ح٢١٧٢، وقال حديث حسن صحيح) (النسائي/ الإيمان وشرائعه/ باب تفاضل أهل الإيمان/ ح٥٠٠٨) (أبو داود/ الصلاة/ باب الخطبة يوم العيد/ ح١١٤٠) (ابن ماجه/ إقامة الصلاة والسنة فيها/ باب ما جاء في صلاة العيدين/ ح١٢٧٥) (أحمد/ عن أبي سعيد الخدري/ ١٠٦٨٩، ١٠٧٦٦، ١١٠٦٨، ١١١٠٠، ١١١٢٢، ١١٤٦٦) .

للظن؛ لأن الرؤية تعني حصول العلم ، وطريقه ليس الظن ، ولذلك منع العلماء البحث والكشف والتجسس بمجرد الظن .

أما من له حق الهجوم ، فهو مقصور على أهل الولايات ، ويمنع غيرهم من ذلك[1] ، إلا إذا كان مما يخاف فواته بالتأخير ، فيستوي فيه أهل الولاية مع غيرهم[2] .

يقول ابن نجيم عن إنكار المنكر : « فلكل مسلم إقامته حال مباشرة المعصية ، وأما بعد الفراغ منها فليس ذلك لغير الحاكم» [3].

وبالاطلاع في كتب الفقه تجد أن الهجوم يقصد منه أحد أمرين :

الأول : رفع لمنكرٍ يقع وقت الهجوم ، وهو الجرم المشهود .

الثاني : إمساك فاعلٍ لمنكرٍ قد مضى وانتهى .

أما الأول :

فذكر العلماء باتفاق أنه لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين [4]. وهذا في المجاهر كما ذكرت سابقاً . وبحسب الشروط التي تحددت فيما سبق .

والدليل على ذلك عندهم ما يلي :

١- روي أن عمر رضي الله عنه هجم على نائحة في منزلها ، ثم ضربها بالدرة حتى سقط خمارها ، فقيل له : يا أمير المؤمنين قد سقط خمارها ، فقال : « إنها لا

---

(١) (الصنعاني/ التاج المذهب/ ج٤ص٤٧٤) .

(٢) (الصنعاني/ التاج المذهب/ ج٤ص٤٧٤) .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٤٥) .

(٤) انظر : (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ص٦٥) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص٤٧٠) (البلخي/ الفتاوى الهندية / ج٣ص٣٣٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٢٣٧) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٩٦، ١٦٨) (حاشية الطبلاوي على تحفة المحتاج/ ج٩ص٢١٩) (الخادمي/ بريقة محمودية/ ج٣ص٢٥٥) (الهيثمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٨٠) (السفاريني/ غذاء الألباب/ ج١ص٢٦٤) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٢٤) .

حرمة لها »[1] .

وقالوا في تفسير قوله : « لا حرمة لها » : أنها لما اشتغلت بما لا يحل في الشرع، فقد أسقطت بما صنعت حرمتها والتحقت بالإماء[2] .

٢- كما استدل الفقهاء كذلك بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه هجم على بيت رجلين أحدهما قرشي والآخر ثقفي ، بلغه أن في بيتهما شراباً فوجد في بيت أحدهما دون الآخر[3] .

ووجه الدلالة من هذا : أنه يجوز الهجوم على من يفعل المنكر إزالةً له ، وإلا لما فعله عمر رضي الله عنه .

وربما يتوجه على هذه الرواية أنه أنكر الأمر عليهما في بيتهما ، وهما مستتران بذلك .

فأقول : إن الاستتار لا دليل عليه ، بل الأثر يدل على أنهما مجاهران ؛ فإنه بلغه من الناس ممن حولهم أنهم يشربون ، وقد سبق القول إن من أظهر فعله بصوت أو رائحة ، فعلم الناس أنه يفعل منكراً ، فإنما هو مجاهر ، وخصوصاً ممن يتكرر منه ذلك ، فإن الشكاية تحصل في مثل هذه الأمور إذا تكررت الجريمة ، وبذا يكون المنكَر مجاهراً به ممن يُظهر فسقه ويعلنه ، فجاز الهجوم كما ذكرنا في الفرع السابق .

٣- أن المجاهر بإظهاره للمنكر أسقط حرمة مسكنه ، فجاز الهجوم عليه والدخول دون إذن . يقول ابن عابدين : « إنه لما أسمع الصوت فقد أسقط حرمة داره »[4] .

وقد أوجب الفقهاء الهجوم إذا كان لمنع منكر يفوت تداركه ؛ كالزنا

---

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٢٣٨) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ص٦٥) .لم أقف على تخريج لهذا الأثر

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٢٣٨) .

(٣) انظر : (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٣٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٤) .

(٤) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ص٦٥) .

والقتل، فله أن يقتحم الدار وجوباً ، أما إن لم يكن فيه انتهاك حرمة فلا اقتحام[1] .

أي أن الجريمة شديدة الخطورة ، والمجرم متلبس بها ، أو أنه يشرع في فعلها فيتدخل ولي الأمر لرفع المنكر دون حاجة إلى إذن .

وقولهم : يفوت تداركه ، يعني أن الوقت لا يسمح باتخاذ إجراءات الإذن بالهجوم ، فإنه إن طلب ذلك وسعى فيه فات الجاني بجنايته وانتهكت الحرمة وضاعت الحقوق ، فأعطى الشارع الإذن مسبقاً لمن يجد هذه الحالة أمامه بأن يدخل ويهجم ويضبط ويمنع .

وهذا الإذن مأخوذ من النصوص الآمرة بمنع المنكر والأخذ على يد فاعله ؛ ومنه قول النبي ﷺ ، فيما يرويه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه : « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان »[2].

وصيغة الأمر الواضحة تدل على وجوب التغيير وخصوصاً عند رؤية وقوع المنكر .

ومن الأحاديث الدالة على ذات المعنى مما يختص بالرؤية ، ما رواه أبو بكر الصديق رضي الله عنه ، عن النبي ﷺ أنه قال : « إن الناس إذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يده ، أوشك أن يعمهم الله بعقاب منه »[3].

والنص على عموم العقاب دليل على حرمة الفعل المنهي عنه ، وبضده يكون الواجب وهو الأخذ على يد الظالم ، فصار الأمر إلى أن الشرع أذن بإزالة المنكر إذا وقع على هذه الحالة.

---

(١) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ج٤ص١٨٠) (الهيثمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ج٢ ص٢٨٠) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٣١٤) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ج٩ ص٢١٩).

(٢) سبق تخريجه . انظر ص١٧٨ .

(٣) (الترمذي/ الفتن/ باب ما جاء في نزول العذاب إذا لم يغير المنكر/ح٢١٦٨، وقال حديث صحيح) (أبو داود/ الملاحم/ باب الأمر والنهي/ ح٤٣٣٨) (ابن ماجه/ الفتن/ باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر/ح٤٠٠٥) (احمد / عن أبي بكر الصديق/ح٣٠، ١، ١٧، ٥٤، ٣١) .

الثاني : أن يكون المقصد من الهجوم هو الإمساك بفاعلٍ لمنكرٍ مضى وانتهى .

وقد ذكره الفقهاء في إحضار المطلوب للقضاء ، وخصوصاً في معاملة مالية ، وقد اختلفوا في جوازه [1].

وليس هذا موضوع بحثنا ، إنما المطلوب الهجوم على فاعل المنكر إن كان المنكر من الجرائم التي هي حق لله أو فيها حق مشترك .

وفي هذه الصورة حصل خلاف بين الفقهاء .

الفريق الأول : وهو رأي جمهور العلماء[2] ، أنه يجوز الهجوم على من فعل جريمة أو جناية بقصد طلبه وإلقاء القبض عليه .

وصورة ذلك عندهم كما يلي :

أن يشترك في هذا الهجوم عدة أشخاص يتمثلون بـ :

١- الأعوان[3] ؛ أي أعوان الإمارة ، وهم إما ملحقون بالقاضي دائماً ، وإما أن يطلبهم القاضي لذلك ويكلفهم بهذه المهمة .

٢- نساء[4] ؛ أي أن يكون في هذا الهجوم مجموعة من النسوة ، ولهن دور يتم

---

(١) أجازه المالكية والشافعية ، وقول عند الحنفية وقول عند الحنابلة ، وقد فعله أبو يوسف في قضائه .
انظر : (حاشية البجيرمي على المنهج/ ج٤ ص٣٦٧) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٣٧) (المرداوي/ الإنصاف / ج١ص٣٠٢، ٣٠٣) .
ومنعه الحنفية وهو قول عند الحنابلة . (ابن أبي اليمن/ لسان الحكام/ ص٢٢١) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٣٧) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١ص ٣٠٢، ٣٠٣) .

(٢) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٣٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام / ج١ص٣٦٩) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٠٧) .

(٣) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣) (البجيرمي/ حاشية البجيرمي على المنهج/ ج٤ص٣٦٧) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٣٢٣) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٢٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام / ج١ص ٣٦٩) .

(٤) انظر : (ابن أبي اليمن/ لسان الحكام/ ص٢٢١) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٣٧) (حاشية البجيرمي/ ج٤ص٣٦٧) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٦٦) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٣٢٣) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٠٧) (الشرواني/ حواشي الشرواني/ ج١٠ ص١٩١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب / ج٤ص ٣٢٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٦٩).

إيضاحه بعد قليل .

٣- خدم أو غلمان أو خصيان[١] ؛ يتم الاستعانة بهم في هذا الهجوم .

٤- وجود مبعوث من القاضي للإشراف على عملية الهجوم ، ويعبر عنهم بأمناء القاضي[٢]. وذكر البعض أنه يرسل معهم رجلين عدلين ، كما ذكره ابن القاص[٣] وغيره .

وقد فصّل العلماء كيفية الهجوم على النحو الآتي :

أن يرسل القاضي أمينين من أمنائه أو رجلين عدلين ومعهما جماعة من أعوان القاضي أو أعوان الإمارة ، ومن النساء ، ومن الخدم أو الخصيان إلى منزل المطلوب بغتةً حتى يهجموا على منزله ، ويقف الأعوان بالباب وحول المنزل وعلى السطح حتى لا يمكنه الهرب ، ثم تدخل النساء المنزل من غير استئذان وحشمة ، فيأمرون حرم المطلوب حتى يدخلن في زاوية ، ثم يدخل الأعوان ويفتشون الدار غرفها وما تحت السرر حتى إذا وجدوه أخرجوه ، وإذا لم يجدوه يأمرون النساء حتى يفتشن النساء ، فربما تزيا بزي النساء[٤] .

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) انظر : (البجيرمي/ حاشية البيجرمي/ ج٤ص٣٦٧) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٣٢٣) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب / ج٤ص٣٢٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٦٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق / ج٦ص٣٠٣) .

(٣) انظر : (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٣٢٣) (الشرواني/ حواشي الشرواني/ ج١٠ ص١٩١) . وابن القاص هو أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري البغدادي ، شيخ الشافعية في زمانه ، وله مؤلفات عديدة ؛ منها : المفتاح ، وأدب القاضي ، وكتاب المواقيت ، وسمي بابن القاص نسبة لأبيه كان يقص على الناس ويرغبهم في الجهاد ، ودخل بلاد الروم غازياً وبينما هو يقص لحقه وجد وغشية، فمات . أما ابنه وهو ابن القاص فقد توفي مرابطاً بطرسوس عام ٣٣٥هـ .

(٤) انظر : (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٣٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٦٩) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٣٢٣) (الشرواني/ حواشي الشرواني/ ج١٠ ص١٩١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٣٢٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٦٩) .

ونلاحظ هنا أن الفقهاء ضبطوا حتى هذه الكيفية خوفاً من تجاوز الولاة فيما يمس حرية الناس وحقوقهم في حرمة المساكن وعدم الاطلاع على الأسرار.

والملاحظ كذلك مراعاة الأحكام الشرعية والآداب الإسلامية في عملية الاقتحام والتفتيش ، من منع الرجال من تفتيش النساء ، ومن دخول النساء أولاً خوفاً من كشف الرجال للنساء ، ولعل هذا يشير إلى جواز استخدام النساء في مثل هذه الأعمال بشروطها الشرعية ، وآدابها الإسلامية .

وقد استدل هذا الفريق على رأيهم بالاستحسان فقالوا :

١- إن القياس يمنع مثل هذا ، إلا أنه جائز استحساناً . يقول ابن نجيم : « وأصحابنا لم يجوزوا الهجوم ... وهذا هو القياس ، وفعله عمر رضي الله عنه والصالحون من بعده ، وتركوا فيه القياس »[١].

فاستدلوا بالاستحسان على جوازه ، ووجهوا الاستحسان بفعل عمر رضي الله عنه والصالحين من بعده .

ووجه القياس المانع : أن حرمة المسلم وحرمة بيته عظيمة ؛ وقد وردت النصوص بحمايتهما . أما وجه الاستحسان : فهو ترجيح المصلحة العامة بحفظ الأمن ومنع الاعتداء على الغير ، على المصلحة الخاصة لفاعل المنكر بحرمة بيته ومسكنه .

الفريق الثاني : أنه لا يجوز الهجوم في الحدود إلا في حد قاطع الطريق وهذا إذا كان الجرم قد مضى وانتهى . وقال به الشافعية[٢] .

وبذا يكون رأي الشافعية في الهجوم أنه جائز في إحدى حالتين :

١- خوف فوات الحق ؛ كالجريمة المتلبس بها أو التي يجاهر بها صاحبها.

وهذا شامل لكل معصية سواء أكانت حقاً لله أم حقاً مشتركاً ، و نصوا على وجوب

---

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ج٦ص٣٠٣) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ج٥ص٢٦٦) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ج٦ص٣٢٣) (الشرواني/ حواشي الشرواني/ج١٠ص١٩١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ج٤ ص٣٢٦) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ج١٠ص١٩١) (الجمل/ حاشية الجمل/ج٥ص٣٦٩) .

الهجوم[1] .

٢- أن يكون الجرم قطع الطريق أو الحرابة ، فيصح الهجوم فيه ، سواء أكان الفعل متلبساً به أم قد انتهى فعله ومضى ، وكان قبل التوبة .

واستثناؤهم لقاطع الطريق يدل على خصوصية في هذا الحد ، ولعل وجه الخصوصية فيه أنه أفحش أنواع الحدود ؛ لأنه يشملها كلها ، ففيه اعتداء على الأنفس وعلى الأعراض وعلى الأموال .

ثم إن صفة الشوكة والقوة والغلبة توجب مقاومة هذا الجرم بكل صورة وبكل وسيلة .

وأمر آخر ، أن المحارب مجاهر بفعله أمام الله وأمام الناس ، وعند الشافعية يجوز الهجوم حالة المجاهرة .

والأمر الأخير ، أن المحاربة جريمة مستمرة بخلاف غيرها من الجرائم ، فمن قتل يكون قد انقضى فعله بإزهاق روح الآدمي ، والسارق ينتهي جرمه بأخذ مال غيره دون علمه خفية ، ومثلهما القاذف وشارب الخمر والزاني ، أما الحرابة فما دام أنه يقطع الطريق فيبقى محارباً حتى لو أنه انتهى من السرقة أو القتل أو هتك الأعراض ، ما لم يتب ، وحتى لو أن الزمن طال بين سرقاته ، فإنه يبقى بينها محارباً .

وهذا يحقق الشرط عند الشافعية في جواز الهجوم وهو التلبس بالجريمة ؛ فإن المحارب يبقى متلبساً بالجريمة ولو ألقي القبض عليه بعد انقضائها بزمن طويل ما لم يتب .

وبهذا يكون الشافعية منسجمين مع أصلهم القائل بجواز الهجوم حالة التلبس وحالة المجاهرة .

والراجح من بين القولين ، قول الجمهور ؛ لأن تخصيص الشافعية لحد الحرابة لا دليل عليه ، وبناءً على رأيهم لو أن إنساناً سرق أو قذف أو زنى أو شرب الخمر، وادّعى عليه إنسان بذلك وطالب القاضي بالهجوم عليه ، فالهجوم عندهم ممنوع.

---

(١) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٨٠) .

فإن قالوا : إن المقصود درء الحد . قلنا : الحرابة أولى ، وهي من الحدود.

وإن قالوا : إنه له مطالب من الآدميين . نقول : السرقة والقذف كذلك لها مطالب من الآدميين .

ولم أجد الشافعية فرقوا الحرابة عن باقي الحدود إلا في هذا الموضع .

وقد يرد على الرأي الذي تم ترجيحه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه أخذ سارقاً فأرسله ، وقال : أستره لعل الله يستر علي[1] .

وروي مثله عن عمار بن ياسر رضي الله عنهما أيضاً أنه فعل مثل ذلك[2] .

فقد يقال إن هذا من الحقوق المشتركة وأنه ستر عليه بعد أن أخذه ، فكيف يستقيم الإذن بالهجوم مع هذه الروايات ؛ فالهجوم مضاد للستر فلا يلتقيان.

والجواب عليه :

أن السرقة فيها تعدٍّ على حق الله وحق الأفراد، فهو من الحقوق المشتركة ، ولكن رغبة الصحابي الجليل في الستر عليه يعني إسقاط حقه الشخصي فيما سرق ، فهو محمول على أن الذي سرق منه هو نفس الآخذ وهذا ما تؤكده الروايات[3] ، وإلا لو كان المسروق منه آخر غيره ، لما ساغ له إرساله حتى لو أسقط صاحب الحق حقه ، لأنه يصبح وقتها واجب الإقامة ، أما إن كان قبل الرفع للإمام فيسن له الستر عليه ، وهذا ما فعله رضي الله عنه.

ودليله ما حصل مع صفوان بن أمية عندما سرق رداءه سارق ، فقد حثّه الرسول ﷺ على الستر ، وهذا يعني حثّه على إسقاط حقه الشخصي فقال له: « هلاّ

(١) (ابن أبي شيبة/ المصنف/ ج٥ص٤٧٤/ ح٢٨٠٨٣) (مصنف عبد الرزاق / ج١٠ص٢٢٦/ ح١٨٩٢٩) (ابن حجر/ فتح الباري/ ج١٢ص٨٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص١٨٧).

(٢) المراجع السابقة .

(٣) وهو كذلك في مصنف ابن أبي شيبة : « إن الذي سُرق إنما هو عمار نفسه » (ج٥ص٤٧٤/ ح٢٨٠٨٣) . وكذلك في (التمهيد/ لابن عبد البر/ ج٢٣ص١٣١) (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٧ ص٢٧٦) .

كان قبل أن تأتيني »[1].

الفرع الثاني : تفتيش الأشخاص :

كما هو الحال في تفتيش الأماكن ، فإن الأصل في الإنسان حرمة تفتيش ثوبه بالظنون ، وذلك أن حرمة مسكنه من حرمة شخصه .

فما دامت حرمة المسكن مصانة ، فإن حرمة الأشخاص تكون مصانة من باب أولى ؛ ذلك أن حصانة المسكن وما في حكمه مستمدة من حصانة الشخص ذاته ، وهي إحدى مظاهر الحرية الشخصية ، فليس من المنطق في شيء أن يقال بتقرير حصانة مسكن الشخص دون حصانة الشخص نفسه[2].

بل لقد فاق الشرع هذا الحد ، بأن منع المسلم من الاطلاع على كتاب أخيه وهو ما يسمى بحرمة المراسلات[3] . وهذا فيه تقرير لحصانة الأشخاص فيما يخصهم ويلزمهم .

وقد روى أبو داود في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما ، أن رسول الله ﷺ قال : « من اطلع في كتاب أخيه دون أمره فإنما اطلع في النار »[4].

ويقول ابن المناصف في منع التفتيش بالظن :

« وكذلك لو رأى أحداً معروفاً بالفسق ، وقد أخفى شيئاً تحت ثوبه ، فلا يجب كشفه يتعرف هل هو خمر أو آلة لهو أو غير ذلك من أصناف المنكرات، فلعله ليس كما ظن ، وفي ذلك أذى للمظنونين والله تعالى يقول : ﴿ إِنَّ بَعۡضَ ٱلظَّنِّ

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص٦٤.

(٢) انظر : (عثمان عبد الملك/ حق الأمن الفردي/ ص٢٦) .

(٣) انظر : المرجع السابق .

(٤) (أبو داود/ الصلاة/ باب الدعاء/ ح١٤٨٥) وقال عنه أبو داود : « إنه أمثل طرقه إلا أنه ضعيف » (الحاكم/ المستدرك/ ج٤ص٣٠٠/ ح٧٧٠٧، ٧٧٠٦) (الطبراني/ مسند الشاميين/ ج٢ص٣٢٨/ ح١٤٣٢) (مسند عبد بن حميد / ص٢٢٥/ ح٦٧٥) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١٠ص٣٢٠/ ح١٠٧٨١) (مسند الشهاب/ ج١ص٢٨٤/ ح٤٦٤) (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٣ص٦٢) .

إِثْمٌ﴾[1] ، فترك التعرض لمن يستتر ولم يظهر عليه شيء من دلائل تلك المعصية واجب وإن ظننت به »[2] .

ومما يدل على جواز تفتيش الأشخاص ما يلي :

١- ما رواه البخاري عن علي رضي الله عنه، قال: « بعثني النبي ﷺ والزبير والمقداد بن الأسود وكلنا فارس قال : انطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ ، فإن بها ظعينة[3] ومعها كتاب ، فخذوه منها ، فانطلقنا تَعادى بنا خيلنا حتى انتهينا إلى الروضة ، فإذا نحن بالضعينة ، فقلنا : أخرجي الكتاب . فقالت: ما معي من كتاب . فقلنا : لتخرجن الكتاب أو لنلقين الثياب[4] ، فأخرجته من عقاصها[5] ، فأتينا به رسول الله ﷺ ... » الحديث[6] .

وفي لفظة أخرى للبخاري في كتاب المغازي قال : « فقلنا : الكتاب . فقالت : ما معنا كتاب ، فأنخناها ، فالتمسنا فلم نر كتاباً ، فقلنا : ما كذب رسول الله ﷺ ، لتخرجن الكتاب أو لنجردنك »[7] .

---

(١) (سورة الحجرات ، آية رقم ١٢) .

(٢) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٢٤) .

(٣) الظعن : الركوب للسفر ، والظعينة : المرأة في السفر . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٣ ص٢٧١) .

(٤) وفي رواية : « أو لنجردنك » ، وفي أخرى : « أو لنكشفنك » .

(٥) العقيصة : ضفيرة الشعر. وأصل العقص اللّي وإدخال أطراف الشعر. (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٧ص٥٦) .

(٦) (البخاري/ الجهاد والسير/ باب الجاسوس/ ح٣٠٠٧) (مسلم/ فضائل الصحابة/ باب فضائل أهل بدر وقصة حاطب/ ح٢٤٩٤) (الترمذي/ تفسير القرآن/ باب من سورة الممتحنة/ ح٣٣٠٥) (ابو داود/ الجهاد/ باب في حكم الجاسوس إذا كان مسلماً/ ح٢٦٥٠) (احمد/ عن علي/ ح٦٠١، ٨٢٩، ١٠٨٦، ١٠٩٣) .

ورواه كل من ابن حبان في صحيحه ، والحاكم في مستدركه ، والبيهقي، والشافعي في مسنده ، والبزار، والحميدي، وأبو يعلى ، وعبد بن حميد .

(٧) (البخاري/ المغازي/ باب فضل من شهد بدراً/ ح٣٩٨٣) (الترمذي/ تفسير القرآن/ باب ومن سورة الممتحنة/ ح ٣٣٠٥) .

فهذا الحديث دل على عدة أمور :

أ - أن التفتيش كان بأمر رسول الله ﷺ ، ويدل هذا الأمر على قول النبي ﷺ لعلي ومن معه « انطلقوا » ، وفي رواية : « ائتوا روضة خاخ ، فإن بها ظعينة ومعها كتاب فخذوه منها » ، فأمرهم بأخذ الكتاب منها، وبإقراره فيما بعد على فعلهم .

ب - أن الإذن بالتفتيش كان بعلم قاطع أن المرأة معها كتاب وليس بالظن والشك . ولذلك قال علي رضي الله عنه: « ما كذب رسول الله ﷺ ».

ج - أنه متعلق بقضية أمنية تمس كل الناس ؛ لأنه فيه إفشاء أسرار الدولة إلى الأعداء، فلذلك أذن النبي ﷺ بالتفتيش .

د - أن التفتيش قد وقع من الصحابة حيث إن الرواية تؤكد أنهم التمسوا الكتاب في رحلها ، ومعنى التمسوا أي فتشوا وبحثوا[١] .

٢- ما أخرجه الترمذي عن عطية القرظي رضي الله عنه أنه قال: « عرضنا على النبي ﷺ يوم قريظة، فكان من أنبت قتل، ومن لم ينبت خلي سبيله، فكنت ممن لم ينبت فخلي سبيلي »[٢] .

والحديث يدل على عدة أمور :

أ - أن التفتيش على الأشخاص جائز .

---

(١) انظر : (العظيم آبادي/ عون المعبود/ ج٧ص٢٢٤) .

(٢) (الترمذي/ السير/ باب ما جاء في النزول على الحكم/ ح١٥٨٤، وقال حديث حسن صحيح) (النسائي/ الطلاق/ باب متى يقع طلاق الصبي/ ح٣٤٣٠، وفيه يقول : وكان ينظر فمن خرج شعرته قتل ، ومن لم تخرج استحي ولم يُقتل ، ورواه كذلك في كتاب قطع السارق/ باب حد البلوغ/ ح٤٩٨١) (أبو داود/ الحدود/ باب في الغلام يصيب الحد/ ح٤٤٠٤، وبلفظ : كانوا ينظرون ، فمن أنبت الشعر قتل ، ومن لم ينبت لم يقتل) (ابن ماجه/ الحدود/ باب من لا يجب عليه الحد/ ح٢٥٤٢) (أحمد/ عن عطية القرظي/ ح١٨٢٩٩، ١٨٩٢٨، ٢٢١٥٢، ٢٢١٥٣) (الدارمي/ السير/ باب حد الصبي متى يقتل / ح٢٤٦٤) .

وأخرجه كل من أبي عوانة في مسنده ، والبيهقي في سننه ، والنسائي في الكبرى ، وابن أبي شيبة ، وعبد الرزاق في مصنفيهما ، وابن الملقن في خلاصة البدر المنير .

ب - اشتراط الإذن في التفتيش ؛ لأن ذلك كان بأمر النبي ﷺ .

أما ضمانات هذا التفتيش ، فأستطيع تلخيصها بما يلي :

١- أنه لا بد من الإذن في التفتيش للأشخاص كما هو الحال في التجسس والبحث والكشف وفي تفتيش الأماكن .

ودل على ذلك النصوص التي أوردتها عن النبي ﷺ وأقوال العلماء في اشتراط الإذن .

وقد ذكر الإمام الدسوقي[1] أن القاضي يأمر بالتفتيش في الجيب والكُمّ والكيس إذا سأل المدعي ذلك لأنه أمر خفيف[2].

٢- أنه لا يحل إتلاف ما يتم تفتيشه ؛ إذ إن التفتيش مقصده ضبط الجريمة أو أداتها ليشهد بها على الفاعل أمام القضاء ، ويحصل المقصود بلا إتلاف . فإن تجاوز هذا المقصد فأتلف فله حالتان :

أ - أن يكون بإذن الإمام سواء أكان الإذن ضمنياً كما في حالة التلبس، أو صريحاً، فإن ضمان التلف على الإمام .

ب - أن يكون التفتيش بدون إذن الإمام ، فيضمنه المفتش من ماله.

٣- أن التفتيش تراعى فيه الآداب الشرعية ، فلا يفتش النساء إلا النساء، وعلى هذا اجتمعت كلمة الفقهاء ، ومن هذه النصوص :

---

(١) الدسوقي : أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي الأزهري ، نسبته إلى دسوق مصر حيث ولد ، فقيه محقق عالم باللغة وعلومها ، من مصنفاته : الحدود الفقهية ، حاشية على مغني اللبيب ، حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل ، توفي ١٢٣٠هـ في القاهرة ، وصلي عليه في الأزهر ، ودفن في تربة المجاورين . (الزركلي/ الأعلام/ ج ص) .

(٢) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٣ص٢٨٠)

يقول ابن قدامة[1] : « ويتفقد النساءَ النساءُ »[2].

ويقول ابن فرحون : « أمر السلطان امرأة تعرفها بالتفتيش عليها »[3].

ويقول أيضاً : « ثم يدخل النساء إلى منزل الحرم فيفتشنه »[4].

يقول صاحب الفتاوى الهندية : « وإذا لم يجدوه يأمرون النساء حتى تفتشن النساء »[5].

وغير ذلك كثير مما يؤيد احترام الآداب الشرعية في كل مجال .

وقد يرد عليه أن حديث الظعينة الذي رواه علي رضي الله عنه من أنهم أُرسلوا لأخذ الكتاب من المرأة ، أنه يسمح بتفتيش الرجال للنساء .

فأقول : إن هذا ليس على إطلاقه ، والرد عليه :

أن المرأة المطلوبة كانت خارج حدود المدينة وكانت مسافرة إلى مكة ، ولذا لا يتناسب الموقف مع إرسال النساء ليفتشنها ويخرجن ما معها .

ذلك أن المنطقة التي وصلت إليها هي روضة خاخ وهي قريبة من حمراء الأسد بين مكة والمدينة ، وهي للمدينة أقرب[6] ، إلا أن قربها في زمننا ليس كما هو في زمنهم ، فإن روضة خاخ كان يستخدمها النبي ﷺ للنفي في بعض الأحيان ، وقد ورد ذلك في قصة أحد المخنثين واسمه هيت وكان قد وصف امرأة بسوء ، فنفاه

---

(١) ابن قدامة : أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدام بن نصر بن عبد الله المقدسي الصالحي الحنبلي ، ولد ٥٤١هـ في جماعيل (إحدى قرى نابلس) توفي في ٦٢٠هـ بدمشق ، ودفن بجبل قاسيون . كان إمام الحنابلة بجامع دمشق ، له تصانيف عديدة منها : المغني ، الكافي ، المقنع، العمدة ، التوابين ، القدر . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٢٢ص١٦٥) .

(٢) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٠٧) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ص٣٦٩) .

(٤) المرجع السابق .

(٥) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٣٧) .

(٦) (ابن عساكر/ معجم البلدان/ ج٢ص٣٣٥) .

النبي ﷺ إلى روضة خاخ[1] ، وكان ذلك بمحضر من أم سلمة رضي الله عنها [2].

والدليل على أنها بعيدة نسبياً أن علياً رضي الله عنه قال : وكلنا فارس . فدلّ على أن مثل هذه المهمة لا يصلح لها إلا الفارس السريع .

ثم لا بد من ملاحظة التدرج في تحصيل المقصود ، فإن كان يحصل بأهون الأسباب كقولٍ أو إشارةٍ أو كتابٍ ، فلا يصح تجاوزه إلى ما فوقه ، فإن تعذّر حصوله بما سبق ، زاد بمقدار ما يتناسب مع الحادثة إما بتهديد ووعيد أو بالإغلاظ بالقول ، فإن لم يحصل المقصود كان له أن يتحرز على المرأة إلى أن يجد من يفتشها من النساء ، وبذا يحافظ على الحرمات ويحقق الواجبات .

المطلب الثالث

الحبس بالتهمة[3]

وهذا الإجراء من الإجراءات الماسة بحرية الإنسان ، وله ضوابط وشروط حددها العلماء حفاظاً على القاعدة الشرعية القائلة : (إن الأصل في الإنسان الحرية)[4] . وهي مما ذكره الفقهاء للدلالة على أن الأصل منع الحبس .

وتعريف الحبس بالتهمة :

« هو تعويق لشخص أسند إليه فعل ممنوع بناء على دلائل معتبرة ، ومنعه من التصرف بنفسه مدة زمنية معينة ممن له ذلك » [5].

---

(١) (السهيلي/ الروض الأنف/ ج٤ص٢٥٧) (ابن حجر/ الإصابة/ ج٦ص٥٦٣) .

(٢) حديثه مع أم سلمة رواه البخاري ومسلم وأبو داود وابن ماجه ومالك وأحمد . إلا أنه لم يرد فيها النفي إلى روضة خاخ بالتحديد ، وإنما نفاه فقط .

(٣) اللفظ المعاصر عند أهل القانون : الحجز المؤقت ، أو التوقيف . وبهذا الاسم يوجد بحث لفضيلة الأستاذ الدكتور علي الصوا ، منشور في مجلة دراسات ، الصادرة عن الجامعة الأردنية.

(٤) (زكريا الأنصاري، أسنى المطالب/ ج٤ص٣٩٤) .

(٥) (علي الصوا/ الحجز المؤقت/ ص٤٧) .

فالحبس الذي نتحدث عنه هنا ليس منه سجن العقوبة ، وإنما هو الحبس بتقييد الحرية مؤقتاً لأجل جمع الدلائل وأخذ الأقوال في جريمة وقعت. ويقصد منه جمع أكبر قدر ممكن من الأدلة التي تساعد في معرفة الفاعلين .

ومما يدل على أن الحبس بالتهمة عند الفقهاء يختلف عن حبس العقوبة ما يلي:

١- تصريح العلماء بذلك ؛ يقول ابن القيم : « وقولكم الشاهدان لا يحبسان ليس المراد هنا السجن الذي يعاقب به أهل الجرائم ، وإنما المراد به إمساكهما لليمين بعد الصلاة »[١].

ويقول في موضع آخر : « وفيه دليل على أن الحبس على ضربين حبس عقوبة وحبس استظهار ، فالعقوبة لا تكون إلا في واجب ، وأما ما كان في تهمة ، فإنما يستظهر بذلك ليستكشف به عما وراءه »[٢].

ويقول الشوكاني[٣] : « وفيه -أي الحديث- دليل على أن الحبس كما يكون عقوبة به ، يكون حبس استظهار في غير حق لينكشف به بعض ما وراءه»[٤].

٢- ذكر الفقهاء أن هناك حبساً للوالي ، وحبساً للقاضي ، وعبّروا عن حبس الوالي كذلك بحبس صاحب الشرطة[٥] .

وذكروا أن هناك حبساً للمجرمين من اللصوص ، وحبساً للمتهمين .

---

(١) (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص١٥٩) .

(٢) (ابن القيم/ التهذيب/ ص٢٣٧) .

(٣) الشوكاني : محمد بن علي بن محمد الشوكاني الصنعاني ، ولد ١١٧٢هـ ، توفي ١٢٥٠هـ في هجرة شوكان ، مجتهد كان يرى حرمة التقليد ، له مؤلفات عديدة ، منها : نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، أدب الطلب ومنتهى الأرب ، وله التفسير الكبير المسمى فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من التفسير ، وله در السحابة في مناقب القرابة والصحابة ، وله إرشاد الفحول ، وغيرها كثير . (صديق البخاري/ أبجد العلوم/ ج٣ص٢٠٣) .

(٤) (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٧ص٣٣٠) .

(٥) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٣ص٨٠، ٨١) .

يقول ابن عابدين : « ينبغي أن لا يجاب لو طلب حبسه في مكان اللصوص ونحوه »[1].

ويقول ابن نجيم : « وإذا خيف أنه يفر من السجن يحول إلى سجن اللصوص»[2].

وقرروا أن حبس النساء كذلك مختلف عن حبس الرجال . فقالوا : « فيجعل للنساء سجن على حدةٍ نفياً لوقوع الفتنة »[3].

وينطبق هذا على السجن كعقوبة ، أو كوسيلة للحفظ لغاية أخرى غير العقوبة .

أما في حكم الحبس ؛ فإن الفقهاء اتفقوا في مسائل واختلفوا في أخرى ، ونبدأ بذكر ما اتفقوا عليه :

أولاً : اتفقوا على منع الحبس إذا كانت التهمة بالظنون[4] .

فلا بد حتى يجوز الحبس أن يكون ظناً غالباً أو علماً مؤكداً .

يقول الإمام العز في ذلك : « لا يليق بالشريعة السهلة السمحة أن يخلد المسلم في الحبس بظن ضعيف »[5].

أما إن قويت التهمة وزاد الظن إلى أن أصبح غالباً فللإمام الحِبس .

يقول ابن عاصم[6] في تحفته :

---

(١) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٣٧٩) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٨) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٤١٤) .

(٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٣٧٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٨) .

(٤) انظر : (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص١٢١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٦) (العز/ قواعد الأحكام/ ج١ ص١٢٠) .

(٥) (العز / قواعد الأحكام/ ج١ص١٢٠) .

(٦) ابن عاصم : أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم المالكي القيسي ، قاضي الجماعة ، ولد ٧٦٠هـ، وله مرتقى الوصول للأصول ، وله إيضاح المعاني في القراءات الثماني ، وله تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام ، وشرحها العديد من فقهاء المالكية ، توفي ٨٢٩هـ في شهر شوال . (حاجي خليفة/ كشف الظنون/ ج١ص٣٦٥) (التلمساني/ نفح الطيب/ ج٥ص٢١) .

وحيث تقوى تهمة في المدعى ∴ عليه فالسجن له قد شرعا[1]

ويقول الشيخ ميارة شارح التحفة : « يعني أن من اتهم بالقتل وقويت التهمة عليه بذلك ولم تنته إلى حد اللوث الموجب للقسامة ، فإنه يسجن حتى يستبرأ أمره »[2] .

ثانياً : اتفقوا على منع الحبس إذا لم يكن للحبس فائدة .

يقول سيدنا علي رضي الله عنه : « إنما الحبس حتى يتبين للإمام ، فما حبس بعد ذلك فهو جور »[3] .

وما ذاك إلا لخلوه عن الفائدة المطلوبة من الحبس ؛ فالحبس وسيلة لتحقيق غرض ، وليس هو غرضاً بحد ذاته .

وذكر العلماء لانعدام الفائدة صوراً منها :

١- إذا كان الإنسان محكوماً بالحد وكان ثابتاً ومتمكناً منه فلا يحل حبسه طويلاً ، بل ينفذ فيه الحكم دونما إبطاء .

قال عطاء[4] فيمن حكم عليه بالقصاص : وليس للإمام أن يضربه ولا أن يحبسه ، إنما هو القصاص ، ما كان الله نسياً ، لو شاء لأمر بالسجن والضرب[5] .

٢- إذا كان الإنسان معسراً وكان مطلوباً بمال ، وكان إعساره ثابتاً ، فلا يحل حبسه لقوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾[6] .

وكان أبو بكر وعمر رضي الله عنهما يستحلفان المعسر بالله ما تجد ما تقضيه

---

(١) (الكافي/إحكام الأحكام/ص٢٧٩) (ميارة الفاسي/شرح ميارة/ج٢ص٢٧٩) .

(٢) (ميارة الفاسي/شرح ميارة/ج٢ص٢٧٩) .

(٣) (سنن البيهقي الكبرى/ج٦ص٥٣/ح١١٠٧٤) . وانظر (الشافعي/الأم/ج٦ص١٨١) .

(٤) عطاء بن أبي رباح ، ولد في خلافة عثمان ، ونشأ بمكة ، كان ثقة فقيهاً عالماً ، كثير الحديث ، وكان أسود أعور أشل ، شُلّ في محنة ابن الزبير . (الذهبي/سير أعلام النبلاء/ج٥ص٧٨) .

(٥) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٦ص٤٣٢) .

(٦) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٨٠) .

من عَرَضٍ ولا قرض أو قال ناض[1] ، ولئن وجدت من حيث لا يعلم لتقضينه ثم يخليان سبيله[2] .

٣- إذا أمكن استيفاء المطلوب منه دون حبس فلا يحل حبسه ، يقول ابن فرحون في ذلك : « ولا يجوز الحبس في الحق إذا تمكن الحاكم من استيفائه »[3] .

ومثّل الفقهاء له بأن يمتنع عن دفع الدين وكان الحاكم يعرف ماله ، فإنه يأخذ منه مقدار الدين ولا يجوز حبسه[4] .

بل ذهبوا أبعد من هذا دفعاً للحبس وتحصيلاً للمطلوب ، فقالوا :

إذا رأى الحاكم على الخصم في الحبس من الثياب والقماش ما يمكن استغناؤه عنه أخذه من عليه قهراً ، وباعه فيما عليه ولا يحبسه تعجيلاً لرفع الظلم وإيصال الحق لمستحقه بسبب الإمكان[5] .

ثالثاً : اتفقوا على أنه لا يحبس بالتهمة أهل الفضل إن كان المتهم لهم من أهل الشر والرذالة[6] .

يقول ابن عاصم في تحفة الأحكام رجزاً :

ومدع على امرئ أن سرقه ∴ ولم تكن دعواه بالمحققة

فإن يكن مدعياً ذاك على ∴ من حاله في الناس حال الفضلا

---

(١) النضض : إسالة الماء (ومنه السيولة النقدية)، والنض : الدرهم الصامت ، والناض في المتاع ما تحول ورقاً أو عيناً. (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٧ص٢٣٧) .

(٢) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٦ص٥٣/ ح١١٠٧٢) (الإمام مالك/ المدونة/ ج٤ص٦٠) .

(٣) (القرافي/ الفروق/ ج٤ص٨٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٣١٢) .

(٤) (القرافي/ الفروق/ ج٤ص٨٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٣١٢) .

(٥) (القرافي/ الفروق/ ج٤ص٨٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٣١٣) .

(٦) انظر : (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص١٢١) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص٢٦١) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٥٧٢، ٥٧٣) (الرصاع/ شرح حدود ابن عرفة/ ص٤٧٠).

فليس من كشف لحاله ولا ∴ يبلغ بالدعوى عليه أملا[1]

رابعاً : اتفقوا على الحبس بالتهمة لمن عرف بالشر والخيانة[2] .

يقول ابن عاصم :

وإن يكن مطالباً من يتهم ∴ فمالك بالضرب والسجن حكم[3]

خامساً : اختلفوا في حبس المتهم إن كان مستور الحال غير معروف لا بفضل ولا بفسق .

فهل يجوز حبسه وتقييد حركته بالتوقيف والحجر ؟ للعلماء في المسألة قولان :

الرأي الأول : وهو رأي جمهور العلماء[4] أنه يجوز حبس المتهم حتى يتمكن الوالي أو القاضي من الكشف والاستبراء والبحث حوله .

واستدل هذا الفريق بعدّة أدلة وهي :

١- ما رواه الترمذي والنسائي وغيرهما عن معاوية بن حَيْدَة القشيري ، أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً في تهمة دم ... ، وفي رواية : ساعة من نهار ثم خلّى

---

(١) (الكافي/ إحكام الأحكام شرح تحفة الأحكام/ ص٢٧٤) .

(٢) انظر : (ابن تيمية/ الفتاوى الكبرى/ ج٣ص٣٩٢) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٢ص١٦٩) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ص٨٧، ٨٨) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٧٤) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٥) (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص١٤) (ابن القيم/ إعلام الموقعين/ ج٤ص٢٨٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص ١٥٧) .

(٣) (الكافي/ إحكام الأحكام/ ص٢٧٤) .

(٤) انظر : (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٧٣، ٢٧٤) (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص١٢١) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص٢٦١، ٢٦٢) (ابن نجيم/ الأشباه والنظائر/ ج٣ص٨١) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٣ ص٨١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٣١٠) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٥٧) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٦) (الكافي/ إحكام الأحكام/ ص٢٧٤، ٢٧٩) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٣٧٦) (ابن الشاط/ إدرار الشروق/ ج٤ص١٣٦) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٢ص٢٤٢) .

سبيله [1].

ومن وردت عنده الرواية دون ذكر الدم وأنه حبسه في تهمة قال بأن الحبس بالتهمة يستوي فيه أن يكون في دم أو مال أو غيره ، فكله حبس بالتهمة.

يقول الشوكاني في ذلك : « وقد حبس النبي ﷺ في التهمة ولا فرق بين تهمة وتهمة » [2].

والنص واضح الدلالة على مقصودهم من أن النبي ﷺ حبس قبل العقوبة وبعد التهمة ، وهذا موطن الشاهد من جواز الحبس بالتهمة .

٢- واستدلوا كذلك بما رواه أبو داود في سننه عن زبيب بن ثعلبة التميمي ، في حديث طويل يقول فيه : « فدعتني أمي فقالت : هذا الرجل أخذ زربيتي [3] . فانصرفت إلى النبي ﷺ ، يعني فأخبرته ، فقال لي : احبسه ، فأخذت بتلبيبه [4] ، وقمت معه مكاننا ، ثم نظر إلينا نبي الله ﷺ قائمين فقال : ما تريد بأسيرك ... » الحديث [5] .

---

(١) (الترمذي/ الديات/ باب ما جاء في الحبس في التهمة/ ح١٤١٧ ، وقال حديث حسن وأسند له من طريق آخر) (النسائي/ قطع السارق/ باب امتحان السارق بالضرب والحبس/ ح٤٨٧٥، ٤٨٧٦) (أبو داود/ الأقضية/ باب الحبس في الدين وغيره/ ح٣٦٣٠) (السنن الكبرى للبيهقي/ ج٦ص٥٣/ ح١١٠٧٣/ ج٦ص٧٧/ ح١١١٩٦) (الحاكم/ المستدرك/ ج١ص٢١٢/ ح٤٣٢/ ج٤ص١١٤/ ح٧٠٦٣ وزاد في روايته : استظهاراً واحتياطاً) (ابن الجارود/ المنتقى/ ص٢٥١/ ح١٠٠٣) (النسائي/ السنن الكبرى/ ج٤ص٣٢٨/ ح٧٣٦٢) (الطبراني/ المعجم الأوسط/ ج١ص٥٦/ ح١٥٤) (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٨ص٣٤٩) (ابن حجر/ التلخيص الحبير/ ج٣ص٩٠، ٩١). وقال الحاكم: صحيح الإسناد.

(٢) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص٢٦١) .

(٣) الزربية : البساط ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وزرابي مبثوثة ﴾ [الغاشية : ١٦].

(٤) أخذ بتلبيبه : التلبيب ما في موضع اللبب من الثياب ، ولبب الرجل وأخذ بتلبيبه ، جعل ثيابه في عنقه وصدره في الخصومة ، ثم قبضه وجره . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١ص٧٣٣) .

(٥) (أبوداود/ الأقضية/ باب القضاء بالشاهد واليمين/ ح٣٦١٢) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٦ص ٥٢/ ح١١٠٦٨) (الشيباني/ الآحاد والمثاني/ ج٢ص٤١٢/ ح١٢٠٨) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج٢٢ ص٧٨٣/ ٧٨٣) (العظيم آبادي/ عون المعبود/ ج١٠ص٤٢).

٣ - واستدلوا كذلك بما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن عراك بـن مالـك، أن رجلين من غفار أقبلا يريدان الإسلام ، حتى إذا كانا قريباً من المدينة أمسيا فباتا وأتى أناس بظهر[1] لهم إلى المدينة فباتوا قريباً منها ، فلما كان في السحر قاموا ليذهبوا ففقدوا قرنين من الإبل ، فاتهموا الغفاريين ، فأخذوهما ، فأتوا بهما رسول الله ﷺ ، فحبس الواحد وأرسل الآخر يطلب ، فوجدوهما قريباً من المكان الذي باتوا فيه ، فأتوا بهما ، فقال الغفاريان ، والله يا رسول الله إن كانا لبراء ، فقال لهما رسول الله ﷺ : استغفرا لي ، فقال أحدهما : غفر الله لك، فقال رسول الله ﷺ : ولك يغفر الله وقبلك في سبيله[2] . وقال للآخر : استغفر لي ، فقال : والله إن كنا لبراء ، فقال له الناس :استغفر لرسول الله ويحك ، فقال : غفر الله لك ، فسكت رسول الله ﷺ[3] .

فالحديث نص في المسألة ، فإن الحبس كان من النبي ﷺ لهما بالتهمة ، وهذا هو موطن النقاش .

٤- واستدلوا بما رواه أبو داود في سننه عن معاوية القشيري ، أن رجلاً قام إلى النبي ﷺ فقال : جيراني بم أخذوا ؟ فأعرض عنه مرتين لكونه كلمه حال الخطبة، ثم ذكر شيئاً فقال النبي ﷺ : « خلوا له عن جيرانه »[4]. وهذا يدل على أنهم كانوا

---

(١) الظهر : الركاب تحمل الأثقال في السفر . (الفراهيدي/ العين/ ج٤ص٣٧) .

(٢) وفي رواية : « وقتلك في سبيله وقتل يوم اليمامة » . (مصنف عبد الرزاق/ ج١٠ص٢١٧/ ح١٨٨٩٢).

(٣) (مصنف عبد الرزاق/ ج١٠ص٢١٧/ ح١٨٨٩٢) (ابن حجر/ الدراية في تخريج أحاديث الهداية/ ج٢ ص٩٥/ ح ٦٤١) (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٣ص٣١١) (ابن حزم/ المحلى/ ج١٢/ ص٢٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص١٤٠) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٠) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ص١٥٢) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٥ص٢١٨) .

(٤) (أبو داود/ الأقضية/ باب في الحبس في الدين وغيره/ ح٣٦٣١) (أحمد/ مسند معاوية القشيري/ ح١٩٥١٢، ١٩٥٢٥، ١٩٥٣٨) (الحاكم/ المستدرك/ ج١ص٢١٤/ ح٤٣٢) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١٩ص٤١٤/ ح٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٨) (مسند الروياني/ ج٢ ص١١٨/ ح٩٣٣) (مصنف عبد الرزاق/ ج١٠ص٢١٦/ ح١٨٨٩١).

محبوسين ، وأن الحبس كان في تهمة[1] .

وورد في رواية أحمد وعبد الرزاق والطبراني أن الراوي قال : « أخذ النبي ﷺ ناساً من قومي في تهمة » .

٥- استدلوا بما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن يزيد بن رومان أن النبي ﷺ أُتي بسارق فقال : احبسوه ، فإن مات صاحبه فاقتلوه[2] .

فكان محبوساً لتهمة عقوبتها إن حصل الموت لصاحبه القتل ، وهذا هو حبس التهمة .

٦- واستدلوا أخيراً بالمعقول ، فقالوا : إن حضور مجلس الحاكم من جنس الحبس لما فيه من التعويق عن التصرف في مصالح المطلوب ؛ لأن الحاكم يطلب الغريم للمدعي بخواتم أو رسول إليه كان في موضعه أو فيما قرب منه ، فيحصل للغريم تعويق عن مصالحه ، ثم إذا حضر مجلس الحاكم فقد يكون الحاكم غير جالس للخصوم في ذلك الوقت ، وربما كان مشغولاً عنه بغيره ، فلا يزال معوقاً حتى يتفرغ القاضي للفصل بينه وبين غريمه[3] .

وهم بهذا يقررون أن من قال بمنع الحبس بالتهمة يقول بجواز هذه الصورة ، وهي بمعنى الحبس وبمفهومه ، فيقاس عليها الحبس بالتهمة .

---

(١) (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٨ص٣٤٩) (المرتضى/ البحر الزخار/ ج٦ص٢١١) (الحاكم/ المستدرك/ ج١ص٢١٤) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١٩ص٤١٤/ ح٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٨) .

(٢) والصحيح أنه أتي بساحر لا بسارق ، كما ذكر ابن العربي في (إحكام الأحكام/ ج٢ ص٢٤٢). وانظر: (مصنف عبد الرزاق/ ج١٠ص١٨٤/ ح١٨٧٥٤) .

(٣) انظر : (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص٨٩) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٣١١) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٩٧) .

الرأي الثاني : رأي ابن حزم[1] القائل بمنع الحبس للتهمة[2] .

واستدل على ذلك بعدة أدلة :

١- أن الله تعالى يقول : ﴿ فَٱمْشُواْ فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُواْ مِن رِّزْقِهِ ﴾[3] .

ووجه الدلالة أنه لا يحل لأحد أن يمنع مسلماً من المشي في الأرض بالسجن بغير حق أوجبه قرآن أو سنة ثابتة[4] .

٢- واستدل بقوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱلظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ ٱلْحَقِّ شَيْـًٔا ﴾[5]. وأن الحبس بالتهمة من قبيل الظن ، وهو لا يغني من الحق شيئاً .

٣- أن الله تعالى افترض حضور الجمعة والجماعات[6] ، والحبس ينافيهما . فصار الحبس ممنوعاً لأنه يؤدي إلى الممنوع .

٤- أن عبد الله بن سهل رضي الله عنه قتل وهو من أفاضل الصحابة رضي الله عنهم فيما بين أظهر شر أمة وهم اليهود[7] لعنهم الله ، فما استجاز عليه السلام

---

(١) ابن حزم : أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن خلف بن سفيان بن يزيد ، ظاهري المذهب ، ولد في قرطبة ٣٨٤هـ ، توفي ٤٥٦هـ في بلدة تدعى أونيه غرب الأندلس ، من مصنفاته : المحلّى ، الفِصَل في الملل والأهواء والنحل ، جمهرة الأنساب ، الناسخ والمنسوخ ، جوامع السيرة ، الإحكام لأصول الأحكام . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج١٨ص١٨٤) .

(٢) (ابن حزم/ المحلى/ ج١٢ص٣٩) (ج٦ص٤٧٩/ ج١٢ص٢٣، ٢٦١)

(٣) (سورة الملك ، آية رقم ١٥) .

(٤) (ابن حزم/ المحلى/ ج١٢ص٣٩) .

(٥) (سورة يونس، آية رقم ٣٦) .

(٦) (ابن حزم/ المحلى/ ج٦ص٤٧٦) .

(٧) (البخاري/ كتاب الجزية والموادعة/ باب إذا قالوا صبأنا ولم يحسنوا أسلمنا/ ح٣١٧٣) (مسلم/ القسامة والمحاربين والقصاص والديات/ باب القسامة/ ح١٦٦٠) (الترمذي/ الديات/ باب ما جاء في القسامة/ ح١٤٢٢) (النسائي/ القسامة/ باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين/ ح٤٧١٣) (أبو داود/ الديات/ باب القتل بالقسامة/ ح٤٥٢٠) .

سجنهم ، فكيف أن يسجن في تهمة قوماً من المسلمين ؟ [1] .

٥- واستدل بما روي عن أبي سعيد الخدري قال : أصيب رجل في ثمار ابتاعها في عهد رسول الله ﷺ ، فكثر دينه ، فقال رسول الله ﷺ : تصدقوا عليه ، فتصدق الناس عليه ، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه ، فقال رسول الله ﷺ لغرمائه : خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك [2].

٦- واستدل بقول رسول الله ﷺ : « إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث » [3]. وهو بمعنى سابقه .

٧- أن المنافقين في عهد رسول الله ﷺ كانوا متهمين بالكفر ، إلا أن النبي ﷺ ما حبس أحداً منهم [4] .

٨ - استدل بما رواه عبد الله بن عامر قال : انطلقت في ركب حتى إذا جئنا ذا المروة سرقت عيبة [5] لي ومعنا رجل متهم ، فقال أصحابي: يا فلان اردد عليه عيبته . فقال : ما أخذتها ، فرجعت إلى عمر بن الخطاب فأخبرته ، فقال : من أنتم ؟ فعددتهم ، فقال : أظنها صاحبها ، للذي اتهم ، فقلت لقد أردت يا أمير المؤمنين أن تأتي به مصفداً ، فقال عمر : أتأتي به مصفوداً بغير بينة ، لا أكتب لك

---

(١) (ابن حزم/ المحلى/ ج٦ ص٤٧٧) .

(٢) (مسلم/ المساقاة/ باب استحباب الوضع من الدين/ ح١٥٥٦) (الترمذي/ الزكاة/ باب ما جاء من تحل له الصدقة/ ح٦٥٥) (النسائي/ البيوع/ باب وضع الجوائح/ ح٤٥٣٠، ٤٦٧٨) (أبو داود/ البيوع/ باب في وضع الجائحة/ ح٣٤٦٩) (ابن ماجه/ الأحكام/ باب تفليس المعدم/ ح٢٣٥٦) (أحمد/ عن أبي سعيد الخدري/ ح١٠٩٢٤، ١١٥٧) (صحيح ابن حبان/ ج١١ ص٤٠٩/ ح٥٠٣٣) (الحاكم/ المستدرك/ ج٢ ص٤٧/ ح٢٢٧٥) (مسند أبي عوانة/ ج٣ ص٣٣٦/ ح٥٢١١) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٥ ص٣٠٥/ ح١٠٤٠٧) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ ص١٣/ ح٢٣٢٥١) (مسند عبد بن حميد/ ص٣٠٦/ ح٩٩٢).

(٣) سبق تخريجه ، انظر ص١٥٥.

(٤) (ابن حزم/ المحلى/ ج١٢ ص٢٥) .

(٥) العيبة: مستودع الثياب ، ويخبأ فيها أجود الثياب . (ابن الجوزي/ غريب الحديث/ ج٢ ص١٣٧) .

فيها ولا أسألك عنها ، وغضب وما كتب لي فيها ولا سأل عنها. فأنكر عمر رضي الله عنه أن يصفد أحدٌ بغير بينة[1] .

ثم ردّ على أدلة القائلين بالجواز من حيث ضعف الإسناد في رواياتهم .

وفي حديث الرجلين الغفاريين ؛ قال ابن حزم بعد أن طعن في صحته : ولو صح لكان فيه الدليل على المنع من الحبس لاستغفار رسول الله ﷺ في ذلك[2] .

الرأي الراجح :

بالنظر إلى أدلة الفريقين يظهر أن أدلة الفريق الأول صحيحة الإسناد ، وأنها قوية الدلالة على جواز الحبس بالتهمة ؛ لأنها تتناول حبس ما قبل الحكم، أو حبس غير العقوبة .

ومما يستدل للجمهور على ما قالوه ، ما يلي :

روى مسلم والترمذي وغيرهما عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قتل رجل على عهد رسول الله ﷺ ، فدفع القاتل إلى وليه ، فقال القاتل : يا رسول الله، والله ما أردت قتله ، فقال رسول الله ﷺ : أما إن كان قوله صادقاً فقتلته دخلت النار ، فخلى عنه الرجل . قال : وكان مكتوفاً بنسعه[3] ، قال : فخرج يجرّ نسعته . قال : فكان يسمى فيما بعد ذا النسعة . قال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح ،

---

(١) (ابن حزم/ المحلى/ ج١٢ص٢٤) (مصنف عبد الرزاق/ ح١٠ص٢١٧/ ح١٨٨٩٣) .
وسنده عن عبد الرزاق عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن عبد الله بن أبي عامر ، ورواته ثقات إلا أن ابن جريج هو عبد العزيز بن جريج القرشي فيه لين ، وأخرج له الترمذي والنسائي وأبو داود وأحمد وابن ماجه ، وثقه ابن حبان ، وقال البخاري : لا يتابع حديثه ، وقال الدارقطني : مجهول يترك حديثه ، وقال العقيلي : لا يتابع على حديثه .

(٢) (ابن حزم/ المحلى/ ج١٢ص٢٥) .

(٣) النسعة: حبل من جلد مظفور، أو هو سيرٌ يضفر على هيئة أعنة النعال تشد به الرحال . (ابن منظور/ لسان العرب / ج٨ص٣٥٢) .

والنسعة الحبل[1] .

فإن الرجل كان مقيداً مأسوراً محبوساً عند ولي الدم ، وكل ذلك قبل أن تنتهي محاكمته إن جاز التعبير ، ثم طرح بحجة جديدة وهي يمينه أنه ما أراد قتله، وإنما قتله خطأً . ولعدم وجود مرجح يؤكد صدق يمينه من كذبها ، أخبر المصطفى ﷺ ولي المقتول أنه إن قتله وكان قوله صادقاً دخل النار ، ففك وثاقه وأنهى حبسه ، وهذا الربط نوع من الحبس في زمن رسول الله ﷺ .

فدلّ هذا الحديث على جواز الحبس بالتهمة .

ومما يستدل به للجمهور ما رواه النسائي في سننه ، أن النعمان بن بشير رضي الله عنه رفع إليه نفر من الكلاعيين ، أن حاكة سرقوا متاعاً فحبسهم أياماً ، ثم خلى سبيلهم ، فأتوه فقالوا : خليت سبيل هؤلاء بلا امتحان ولا ضرب، فقال النعمان : ما شئتم إن شئتم أضربهم، فإن أخرج الله متاعكم فذاك ، وألا أخذت من ظهوركم مثله . قالوا : هذا حكمك ؟ قال : هذا حكم الله عز وجل ورسوله ﷺ[2] .

والحديث دلالته واضحة في جواز الحبس بالتهمة ، ثم إن النعمان بن بشير رضي الله عنه صرّح برفعه لرسول الله ﷺ فقال : هذا حكم الله عز وجل ورسوله ﷺ .

---

(١) (مسلم/ القسامة والمحاربين والقصاص والديات/ باب صحة الإقرار بالقتل وتمكين ولي القتيل من القصاص واستحباب طلب العفو منه/ ح١٦٨٠) (الترمذي/ الديات/ باب ما جاء في حكم ولي القتيل في القصاص والعفو/ ح١٤٠٧) (أبو داود/ الديات/ باب الإمام يأمر بالعفو في الدم/ ح٤٠٠١، ٤٤٩٨، ٤٤٩٩) (ابن ماجه/ الديات/ باب العفو عن القاتل/ ح٢٦٩١، ٢٦٩٠) (النسائي/ القسامة/ باب القود/ ح٤٧٢٣، ٤٧٢٤، ٤٧٢٦، ٤٧٢٧، ٤٧٣٠) (الدارمي/ الديات/ باب من يعفو عن قاتله/ ح٢٣٥٩) . ورواه أبو عوانة في مسنده ، والنسائي في السنن الكبرى ، وابن أبي شيبة في مصنفه .

(٢) (النسائي/ قطع السارق/ باب امتحان السارق بالضرب والحبس/ ح٤٨٧٤) (أبو داود/ الحدود/ باب في الامتحان بالضرب/ ح٤٣٨٢) (النسائي/ السنن الكبرى/ ج٤ص٣٢٧/ ح٧٣٦١) (الطبراني/ مسند الشاميين/ ج٢ص١٠٩/ ح١٠٠٧) (العظيم آبادي/ عون المعبود/ ج١٢ص٣٢) .

ويمكن الاستدلال بآية قرآنية دلت على جواز الحبس ، بل صرحت به ؛ فقد قال تعالى في حق الشاهدين : ﴿ تَحْبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعْدِ ٱلصَّلَوٰةِ ﴾[1]؛ فإن ذلك دليل على حبس من وجب عليه الحق[2] .

والمحبوس بالتهمة غلب على الظن أن عنده حق للأمة فجاز حبسه . يقول ابن القيم في معنى الحبس الوارد في الآية : « ليس المراد هنا السجن الذي يعاقب به أهل الجرائم ، وإنما المراد به إمساكهما لليمين بعد الصلاة ، كما يقال: فلان يصبر لليمين ، أي يمسك لها »[3].

وهذا هو المقصود بالحبس بالتهمة ، فإنه إمساك لأجل إثبات الحق ، والآية نص فيه .

أما أدلة الفريق الثاني ؛ فالرد عليها كما يلي :

١ - أما الاستدلال بالعموميات ، فلا يستقيم ، وإذا أردنا أن نأخذ العام ونترك الخاص ، لعطلنا قسماً كبيراً من كتاب الله ، وقسماً أكبر من السنة النبوية ، والأصل أن ما ثبت خصوصه لا يصح الاحتجاج بعمومه[4]. وأدلة الفريق الأول تخصص هذا العام ، ولا يصح الطعن في سندها جميعاً ؛ لأن منها ما هو ثابت في الصحاح .

وكذلك الحال في الاستدلال بالأدلة المانعة للظن ، وقد سبق وأن قلنا إن الظن الذي لم يترجح بمرجح هو الذي يمنع الحبس به ، ونقلت اتفاق الفقهاء على ذلك ، أما الظن الغالب فإنه مما يصح الحبس فيه ويصح الأخذ به ، حتى قبل ثبوت الجرم عليه ، وقبل صدور الحكم بحقه.

---

(١) (سورة المائدة ، آية ١٠٦) .

(٢) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٢ص٢٤١) .

(٣) (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص١٥٩) .

(٤) انظر : (الجصاص/ أحكام القرآن/ ج٢ص٦٠٢) .

٢- أما أن النبي ﷺ لم يحبس يهود ؛ فإن عبد الله بن سهل رضي الله عنه لم يكن يعرف قاتله ، وقد قتل في حي اليهود ، ولو أن التهمة توجهت لأحدهم لعاقبه مباشرة دون حاجة إلى أن يحكم عليهم بالقسامة ، وقد كان الأمر في خيبر والرسول ﷺ في المدينة ، وكان ذلك وقت صلح معهم بعد أن فتحها النبي ﷺ . ثم إن دم الصحابي لم يهدر ، بل وداه النبي ﷺ من إبل الصدقة ، ولو كانت التهمة قوية على أحد لم يكن رسول الله ﷺ ليديه من بيت المال دون تحقق من هذه التهمة والتأكد منها والسعي في معرفة حقيقة هذه التهمة ، فإن خرجنا عن حدود التهمة لم يكن للدليل الوارد أي وجه فيما يقولون به .

٣- أما ما رواه أبو سعيد الخدري عن الرجل الذي أصيب في ثمار ابتاعها ؛ فإنه أراد بقوله ﷺ : « ليس لكم إلا ذلك » ، أنه لا يصح الحبس .

فالحديث ورد في باب الجوائح[1] ، وصورة المسألة أن الذي اشترى الثمر أصيب ثمره بجائحة ، وهذا الثمر يستحق ثمنه لأصحابه على من اشتراه ، إلا أنه عجز عن الدفع بسبب الجائحة ، فكان أن طلب النبي ﷺ العون من الآخرين ، إلا أن الذي جمع لم يكن ليكفي لسداد المبلغ الذي تم التعاقد عليه في بيع هذه الثمار ، فأعطى النبي ﷺ ما جمعه لأصحاب الثمر قائلاً: « ليس لكم إلا ذلك » .

والسؤال الذي يرد هنا : ما هي التهمة التي تريدون النبي ﷺ أن يحبس فيها صاحب الثمر ؟ ونحن نعلم أن الذي يحبس بتهمة المماطلة من أجل أن يدفع ما عليه يجب أن يكون غنياً مماطلاً ، وهذا الصحابي شهد على إعساره النبي ﷺ والصحابة الكرام . وقد أثبتنا في بداية المبحث اتفاق الفقهاء على أن الحبس الذي لا فائدة فيه ممنوع ؛ لأن الحبس وسيلة لا غاية ، فما الفائدة من حبس من أصابته الجائحة ، وما الغاية التي تحققه هذه الوسيلة ؟

(١) الجوائح : جمع جائحة ، وهي الشدة والنازلة العظيمة . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٢ ص٤٣١) .

ثم على القول الراجح في موضوع الجائحة ، وهو القول بالصلح على الأوسط ، والذي يسمى اليوم بتعديل الالتزامات -وقد ذكر هذا القول ابن عابدين رحمه الله في رسالته المرقومة بـ تنبيه الرقود على مسائل النقود[1]- فإن الصحابة أصحاب الشجر قد أخذوا حقهم وافياً ؛ لأنهم لم يأخذوا ما تم الاتفاق عليه في أصل العقد ، وإنما تم تقدير الخسارة في الجوائح على الطرفين ، فيكون ما دفعه صاحب الثمر كافياً لسداد نصيب أصحاب الشجر من الثمن منقوصاً منه مقدار ما يتحملونه من خسارة ، ولذلك قال النبي ﷺ : « **ليس لكم إلا ذلك** » .

٤- أما حادثة عبد الله بن أبي عامر ، فإنها ليست دليلاً على ما يقولونه ؛ فالاتهام فيه لم يكن له قرينة في الحالة المشهودة حتى يترجح اتهامه فيحجز ويصفد ، اللهم إلا أنه ذو سابقة لم يعتبرها عمر رضي الله عنه كافية لتوقيفه بسبب دعوى الاتهام ، ومع ذلك فلم ينكر أصل التصفيد ، وإنما أنكر فعله من غير دلالة كافية عليه . وهذا دليل على جوازه بالجملة ، بل الحادثة متضمنة مشروعية التوقيف؛ يظهر ذلك من خلال المطالبة بحجز المتهم بناء على سوابقه، ولو كان مستنكراً عندهم لما طالبوا بذلك أصلاً[2] .

٥- أما استدلالهم بكف النبي ﷺ عن قتل المنافقين مع قيام تهمة الكفر ، فهذا غير مسلّم ؛ لأن قتلهم يفضي إلى مفسدة أكبر من مصلحة قتلهم ، إذ إنه ذريعة إلى القول : بأن محمداً يقتل أصحابه . وقد ورد ذلك على لسانه ﷺ ، وهذا من شأنه أن يُطمع الكافرين بالمؤمنين ، ومن شأنه أن يبعد الطمأنينة عن مريدي الإسلام ، وهذا أشد خطراً وضرراً من مصلحة قتلهم -وهي مصلحة ولا شك- ومبنى هذه المسألة على اعتبار المصالح والمفاسد ومآلات الأفعال ، والمآلات معتبرة في أصل المشروعية[3] .

---

(١) انظر : (ابن عابدين/ مجموعة رسائل ابن عابدين/ ص٥٦ وما بعدها) .

(٢) (علي الصوا/ الحجز المؤقت/ مجلة دراسات/ ص٥٦) .

(٣) المصدر السابق .

أما مدّة الحبس للتهمة:

فقد طرح العلماء فكرة تحديد مدة الحبس للتهمة ، فقسم منهم يرى توقيته بشهر .

يقول ابن فرحون : « وأما تعجيل حبس المتهوم للاستبراء والكشف ومدته شهر ، فذلك أيضاً للقاضي » [١].

وقال أبو عبد الله الزبيري[٢] من الشافعية: « يتقدر الحبس بشهر للاستبراء والكشف »[٣].

ويرى البعض أنه يقدر بيومين وحتى ثلاثين يوماً .

يقول ابن فرحون أيضاً : « إن كان المدعي متهماً أطال في حبسه خمسة عشر يوماً إلى ثلاثين ، وإن كان غير متهم فاليومين أو نحوهما » [٤].

أما المالكية[٥] والشافعية[٦] فقالوا : بأنه موقوف على رأي الإمام واجتهاده ، وهذا أشبه[٧] .

فإن لم تقم عليه بينة وتمادى على حالة واحدة أطلق بعد الشهر[٨] .

---

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٥١) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٥) .

(٢) أبو عبد الله الزبيري : هو الزبير بن أحمد بن سليمان ، يصل نسبه إلى الزبير بن العوام ، أحد أئمة الشافعية ، وكان أعمى ، ت قبل ٣٢٠هـ ، وأرخ الذهبي وفاته ٣١٧هـ . (ابن قاضي شهبة/ طبقات الشافعية/ ج٢ص٩٤) .

(٣) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٧٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٣٢٢) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٥) .

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٥١) .

(٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢س٣٢٢) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٥، ١٧٦) .

(٦) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٧٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٣٢٢) .

(٧) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٧٤) .

(٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٣٢٢) .

والصحيح أن ذلك موكول لرأي الإمام ، كلٌّ في زمانه ومكانه ؛ فإن له أن يضع نصوصاً محددة يبين فيها كل تهمة وقدر ما يحبس فيها وغيرها مما يلزم من إجراءات في تحديد المدة .

يقول ابن فرحون : « وحبس من ادعي عليه بحد من الحدود وقام عليه شاهد واحد مقدار ما يرى الحاكم في ذلك من تأجيل المدعي لتكميل النصاب ، وكذلك إن قام عليه شاهدان وبقي النظر في عدالتهما ، فإنه يحبس بقدر ما يجتهد الحاكم للمدعي في تأجيله ، وحبس السارق قدر ما يكشف عن البينة ، وكذلك حبس المتهمين بالجنايات بقدر ما يكشف عن حالهم ، وبقدر ما نسب إليهم من الجرأة في الشر واستحلال ما لا يجوز » [(١)].

والملاحظ أن الحبس طلباً للكشف والبحث كانت تتحكم في مدته عوامل عدة؛ ومنها وسائل الاتصال والمواصلات ، فإن الزمن الذي يتحدث فيه الفقهاء عن حبس لمدة شهر غير الزمن الذي نحن فيه ، فكانوا يطيلون الحبس بغية التوصل إلى أطراف القضية ، وربما كانوا في منطقة نائية عن بلد القاضي ، وربما بغية التوصل إلى شاهد له علاقة بالقضية لا يعلم عن أمره وعن حاله موجود في محله أم مسافر ، بينما في عصرنا الحاضر، صار كل ذلك سهلاً، فبالإمكان أن يصل في يومه من مسافة آلاف الأميال ، وصار بالإمكان الاستعلام عن فلان من الناس إن كان مسافراً خارج البلد أم أنه داخلها ، بمجرد وضع اسمه على جهاز الحاسوب . إلى غير ذلك من وسائل التقنية الحديثة التي تساعد في الحصول على المعلومات المطلوبة ، فالحبس في زمنهم كان مفيداً في إطالته ، والحبس في زماننا غير مفيد إطالته ، واتفقنا على أن الحبس بما لا يفيد ممنوع شرعاً . فلزم القول بترك ذلك لولي الأمر المسلم العادل ليضع في كل زمان ما يليق بحاله وفي كل مكان ما يدبر أمره .

وإن من نافلة القول أن نؤكد جواز تمديد الحبس إذا ظهر من الأسباب ما يؤكده ويؤيده.

---

(١) المصدر السابق .

يقول ابن فرحون : « فإن قويت التهمة بسبب أو لطخ[1] زيد في حبسه »[2].

ويقول : « فإن أتى طالب الدم في داخل المدة بسبب قوي سقط هذا الحكم ووجبت الزيادة في حبسه على ما يراه »[3].

أما صفة الحبس :

فإن علماء الحنفية تطرقوا إلى صفة الحبس وذكروا له صفات عديدة[4] ، إلا أن صفة الحبس يحددها الغرض المقصود من الحبس .

فإن كان مطلوباً إضجار المحبوسْ ، فنذكر عندها المواصفات التي قالها الحنفية ، وإن كان المطلوب هو التثبت والتأكد مما نسب إلى المحبوس المتهم ، فلا يصح عندها شيء مما ذكره الحنفية، فقد منعوا الفراش ، ومنعوا دخول الناس عليه إلا لأقاربه وجيرانه ، وغيرها من المواصفات ، معلّلين ذلك بقولهم : « ليضجر قلبه ويوفي ما عليه »[5].

يقول ابن القيم رحمه الله : « اعلم أن الحبس الشرعي ليس هو السجن في مكان ضيق ، وإنما هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه حيث شاء ، سواء كان في بيت أو في مسجد أو كان بتوكيل نفس الغريم أو وكيله عليه وملازمته له»[6].

وهذا ما كان عليه الحبس في عهد النبي ﷺ ، فقد كان الحبس في أكثر من موضع ؛ فقد حبس في المسجد وربط الأسير بسارية من سواريه ، وأذن بإلزام الغريم

---

(١) اللطخ : ما يرمى به الإنسان . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٣ص٥١) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٣٢٢) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧٦) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٥١) .

(٤) انظر : (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٣٧٧، ٣٧٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٨) (داماد افندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٦٠، ١٦٣) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ ص١٨٢) .

(٥) المراجع السابقة .

(٦) (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص٨٩، ٩٠) ، ومثله عند (ابن الشاط/ إدرار الشروق/ ج٤ ص١٣٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٣٠٩) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص١٧٥) .

غريمه كما في حديث الهرماس بن حبيب عن أبيه ، عن جده قال : أتيت النبي ﷺ بغريم لي. فقال لي : « إلزمه » ثم مر بي آخر النهار فقال : « ما فعل أسيرك يا أخا بني تميم »[1] .

وحَبَسَ بالدهليز[2] ، و حَبَسَ بالربط كذلك [3]. وفي زمن أبي بكر ، استمر الحال على ذلك .

أما في زمن عمر رضي الله عنه ، فإنه أرسل نافع بن عبد الحارث وكان عاملاً لعمر على مكة ليشتري له داراً للسجن بمكة من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم، واتخذها سجناً ، وهذا الذي يقال له سجن عارم [4].

أما أول من بنى سجناً ، فكان عليٌّ رضي الله عنه ، وسمى السجن نافعاً، ولم يكن حصيناً ؛ كونه من القصب ، فنقبه اللصوص وانفلتوا منه ، فبنى سجناً من مدر[5] وأسماه مخيساً[6] ، وقال فيه شعراً :

(١) (البخاري/ التاريخ الكبير/ ج٨ص٢٤٧/ ح٢٨٨٤)، (أبو داود/ الأقضية/ باب في الدين هل يحبس به/ ح٣٦٢٩) ، (ابن ماجه/ الصدقات/ باب الحبس في الدين والملزمة/ ح٢٤٢) ، الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٩ص١٨٢).

(٢) الدهليز : فارسي معرّب ، ما بين الباب والدار ، والجمع الدهاليز . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٥ ص٣٤٩) .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٤ص١٧٩) (ابن الشاط/ إدرار الشروق/ ج٤ص١٣٦) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي / ص١٧٥) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ص١٧٩) .

(٤) (اخرجه البخاري تعليقاً في كتاب الخصومات/ في باب الربط والحبس في الحرم، قال: واشترى نافع بن عبدالحارث داراً للسجن بمكة من صفوان بن أمية ... الخ . وقد وصله (ابن حجر/ تغليق التعليق/ ج٣ص٣٢٦) .

(٥) المدر : قطع الطين اليابس . (ابن منظور/ لسان العرب/ جج٥ص١٦٢) .

(٦) المخيس : موضع التخييس وهو التذليل . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٦ص٧٤) .

ألا تراني كيساً مكيساً ∴ بنيت بعد نافع مخيساً

باباً حصيناً وأميناً كيساً[1]

المطلب الرابع

الضـــرب بالتهمـــة

بعد ذكر الحبس بالتهمة ، يرد السؤال عن مدى جواز الضرب بالتهمة .

وقد اختلف العلماء في جوازه على قولين :

القول الأول : وهو قول الجمهور ؛ بأن الضرب جائز للمتهم[2] .

واستدلوا على ذلك بعدة أدلة :

١- أن النبي ﷺ لما أجلى يهود بني النضير من المدينة على أن لهم ما حملت الإبل من أموالهم غير الحَلْقَة[3]، أي: السلاح ، كان لابن أبي الحقيق مالٌ عظيم بلغ مسك ثور[4] ، أي ملء جلد ثور من ذهب وحلي وآنية مصوغة ، فلما فتح رسول الله ﷺ خيبر حاصر الحصن الذي فيه ابن أبي الحقيق ، فنزل فصالح على حقن دماء

---

(١) (السرخسي/ المبسوط/ ج٢٠ص٨٨) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص٢٧٥/ ح٢٦٠٣٤) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ص١٨٠) (البكري/ معجم ما استعجم/ ج٤ص١١٩) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٧ص٢٧٨) (القرطبي/ تفسير القرطبي/ ج١٠ص١١٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٨) (السيوطي/ شرح سنن ابن ماجه/ ص١٧٥) (السرخسي/ المبسوط/ ج٢ص٨٨) (الحدادي/ الجوهرة النيرة/ ج١ص٢٤٥) .

(٢) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٤١، ١٤٢) (ج٢ص١٥١) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧١) (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص٨٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٧٥، ٥٦) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص١٧٦) (الكافي/ إحكام الأحكام/ ص٢٧٤) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٧٤) (ابن جزي/ القوانين الفقهية/ ج١ ص٢٠٣) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٨ص٨٢) .

(٣) الحَلْقَة بسكون اللام: السلاح عاماً ، وقيل : هي الدروع خاصة ، وفي حديث صلح خيبر عند أبي داود (٣٠٠٦): ولرسول الله ﷺ الصفراء والبيضاء والحَلْقَة. وانظر (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٠/ ٦٥).

(٤) المسك : الجلد ، وخص بعضهم به جلد السخلة . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٠ص٤٨٦).

من في حصنهم من المقاتلة والذرية ، على أن يخرجوا بذراريهم ويخلوا بين رسول الله ﷺ وبين ما كان لهم من مال وأرض ، وعلى ترك البيضاء[1] والصفراء[2] والكرّاع[3]، إلا ثوباً على ظهر إنسان ، فقال رسول الله ﷺ : « وبرئت ذمة الله وذمة رسوله منكم إن كتمتموني شيئاً ، فصالحوه على ذلك ، فقال رسول الله ﷺ لكنانة ابن الربيع عم حيي بن أخطب: « ما فعل مسك حيي الذي جاء به من النضير » ؟ فقال: أذهبته النفقات والحروب ، فقال رسول الله ﷺ : « العهد قريب والمال كثير ، أرأيت إن وجدناه عندك أقتلك ؟ قال : نعم . فجاء رجل من اليهود إلى رسول الله ﷺ فقال له : إني رأيت كنانة يطوف بهذه الخربة كل غداة ، فأمر رسول الله ﷺ بالخربة فأخرج منها بعض كنزهم ، ثم سأله عما بقي ، فأبى أن يؤديه ، فأمر به الزبير ابن العوام ، فقال : عذبه حتى تستأصل ما عنده ، وكان الزبير يقدح بزند[4] في صدره حتى أشرف على نفسه ، ثم دفعه رسول الله ﷺ إلى محمد بن مسلمة ، فضرب عنقه بأخيه محمود بن مسلمة[5] .

فدلّ ذلك على جواز الضرب لمن اتهم ، وجواز تعذيبه .

٢- ومما استدلوا به أن رسول الله ﷺ وجد في بعض غزواته رجلاً ، فاتهمه بأنه جاسوس للعدو ، فعاقبوه حتى أقر[6] .

---

(١) البيضاء : الفضة . (الفيروزأبادي/ القاموس المحيط/ ص٨٢٢) .

(٢) الصفراء : الذهب للونها . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٤ص٤٦٠) .

(٣) الكراع : اسم يجمع الخيل والسلاح . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ص٣٠٧) .

(٤) الزند : العود الذي يقدح به النار. (الفيروزأبادي/ القاموس المحيط/ ص٣٦٤) (الرازي/ مختار الصحاح/ ص١١٦).

(٥) (صحيح ابن حبان/ ج١١ص٦٠٧) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٩ص١٣٧/ ح١٨١٦٨) (الهيثمي/ موارد الظمآن/ ص٤١٢/ ح١٦٩٧) (ابن حجر/ فتح الباري/ ج٧ص٤٧٩/ ح٣٩٧٤) (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٨ص٢٠٧) (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٣ص٣٩٩) .

(٦) الغزوة هي غزوة هوازن . (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٨ص١٥٥) .

والحديث مروي في البخاري ومسلم وأبي داود وأحمد ، إلا أنه ليس في أي منها أنه ضربه .

(ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٤٢) (اطفيش/ شرح النيل وشفاء الغليل/ ج١٧ ص١٣٥) .

٣- واستدلوا كذلك بقصة ضرب علي رضي الله عنه الجارية التي تسمى بريرة عندما دعاها النبي ﷺ ليسألها في قضية الإفك ، فإنه قام إليها علي رضي الله عنه وضربها ، وجعل يقول : اصدقي رسول الله ﷺ ، فتقول : والله لا أعلم إلا خيراً ، وما كنت أعيب على عائشة ، إلا أني كنت أعجن العجين فآمرها أن تحفظه فتنام عنه ، فتأتي الشاة فتأكله ، أو الداجن في رواية[١] .

وهذا من ضرب السياسة ، فضربها لتقر بما عندها[٢] . وكذلك يجوز ضرب المتهم ليقرّ بما عنده .

والفريق الثاني : ويرى هذا الفريق منع الضرب للمتهم[٣] .

وقد قال به أصبغ[٤] من المالكية ، وعطاء ، ويروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه[٥] .

واستدلوا على ذلك بعدة أدلة :

١- قوله تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا ﴾[٦] ، ولو شاء الله لأمر بالسجن

---

(١) الحديث مروي في الصحاح إلا أن قصة الضرب وردت بصور مختلفة ؛ ففي (مسلم/ التوبة/ باب في حديث الإفك /ح٢٧٧٠) قال : فانتهرها بعض أصحابه ، فقال : اصدقي رسول الله ، حتى أسقطوا لها به ، أي صرحوا .

ورواه الترمذي بالانتهار كذلك/ تفسير القرآن/ باب من سورة النور/ح٣١٨٠) (وأحمد/ مسند عائشة/ ح٢٣٧٩٦) (وفي مجمع الزوائد: أنه هددها/ ج٩ص٢٣٣) .

(٢) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٤٠) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٧١) .

(٣) انظر : (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص٩٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج٢ص١٥٩) (ميارة الفاسي/ شرح ميارة/ ج٢ص ٢٦٦) .

(٤) أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع ، يكنى أبا عبد الله ، سكن الفسطاط ، وهو من الطبقة الأولى من المالكية ممن انتهى إليهم فقه مالك ، سمع بمالك فدخل إليه في المدينة فدخلها يوم مات. (ابن فرحون/ الديباج المذهب/ ص٩٧).

(٥) (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص٩٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٥٩) .

(٦) (سورة مريم ، آية رقم ٦٤) .

والضرب[1] . واستدل بهذا عطاء رحمه الله .

٢- أن الضرب خلاف الشرع ، فلم يرد أن النبي ﷺ ضرب أحداً في تهمة ولو وقع لنقل إلينا .

٣- ما يرويه يحيى الغساني[2] قال : لما ولاني عمر بن عبد العزيز الموصل قدمتها فوجدتها من أكثر البلاد سرقة ونقباً ، فكتبت إليه أعلمه حال البلد وأسأله : آخذ الناس بالظنة وأضرب على التهمة ، أو آخذهم بالبينة وما جرت عليه السنة ؟ فكتب إليّ أن آخذ الناس بالبينة وما جرت عليه السنة ، فإن لم يصلحهم الحق فلا أصلحهم الله . قال يحيى : ففعلت ذلك ، فما خرجت من الموصل حتى كانت من أصلح البلاد وأقلها سرقة ونقباً[3] .

والراجح من بين القولين والله أعلم ، قول من قال بجواز الضرب بالتهمة، لكن بشروط وحدود خاصة ، وترجيح القول الأول إنما هو لقوة الأدلة النقلية الواردة في مجال الخلاف ، ويمكن الاستدلال لهم بما يلي :

١- مما رواه النسائي في سننه ، من أن النعمان بن بشير رضي الله عنه رفع إليه نفر من الكلاعيين : أن حاكة سرقوا متاعاً ، فحبسهم أياماً ثم خلّى سبيلهم ، فأتوه فقالوا : خليت سبيل هؤلاء بلا امتحان ولا ضرب ، فقال النعمان : ما شئتم ، إن شئتم أضربهم ، فإن أخرج الله متاعكم فذلك ، وإلا أخذت من ظهوركم مثله ،

---

(١) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٤٥٥/ح٢٧٩٢٦) (مصنف عبد الرزاق/ج٩ص٤٥٢/ ح١٧٩٨٣) .

(٢) يحيى الغساني : يحيى بن يحيى قيس بن حارثة بن عمرو بن زيد بن عبد مناة بن الخشخاش الغساني ، أبو عثمان الشامي ، استعمله عمر بن عبد العزيز على قضاء الموصل ، كان عالماً بالفتيا والقضاء ، كان أبوه على شرطة مروان بن الحكم . وذكره ابن حبان في الثقات ، ت ١٣٣هـ . (ابن حجر/ تهذيب التهذيب/ ج١١ص٢٦١) .

(٣) (السيوطي/ تاريخ الخلفاء/ ص٢٣٧، ٢٣٨) (ابن حجر/ تهذيب التهذيب/ ج١١ص٢٦١) (الغساني/ أخبار وحكايات/ ص٣١) (ابن حزم/ الإحكام/ ج٦ص٢٦٤) (الأصبهاني/ حلية الأولياء/ ج٥ ص٢٧١) .

قالوا : هذا حكمك ، قال : هذا حكم الله عز وجل ورسوله ﷺ [1].

وهذا النص وإن لم يرد فيه أن النعمان رضي الله عنه ضرب أحداً ، إلا أنه أجازه من حيث المبدأ ؛ فإن أصحاب الحق طلبوا الضرب لعلمهم بجوازه ، وإلا لامتنعوا عن طلبه . وهذا يدل على جواز الضرب .

ثم إن النعمان أخبرهم بأنه إن ضربهم فأخرج الله متاعهم فذاك ، أي أن الذي يتهم بالسرقة فيضرب فيعترف بالسرقة فيخرجها ، لا تبعة على طالب الحق في الضرب الذي طلبه ، مع العلم أنه زائد عن حقه . أما إن ضرب بلا إخراج متاع ، أي بأن يظهر أنه بريء ، فإنه سيأخذ من ظهورهم بالقود مثل ما ضرب به البريء .

ونسب كل ذلك إلى حكم الله عز وجل ورسوله ﷺ .

فإن قيل : إن الضرب لو كان مشروعاً لفعله .

فالجواب عليه أن الضرب قد يكون مشروعاً ويمتنع عن فعله لعدم تحقق شرطه .

ومما يدل على مشروعيته -كما أسلفنا- طلب أصحاب الحق ، ولو كان ممنوعاً لقال لهم إنه مما لم يأذن به الله ورسوله .

وعدم ضربهم له توجيهات متعددة ، ومن أهمها :

أن التهمة كانت موجهة لمجموعة من الناس ، ولم يكن السارق معروفاً أو محدداً من بينهم، ولإظهار السارق منهم حبسهم . والحبس هنا في تهمة ، فلما تمادوا على حالة واحدة ولم يظهر ما يسمح بمزيد حبس أو ضرب ، منع ضربهم وأخلى سبيلهم.

فإن الحبس والضرب وسائل ، فإن لم تحقق غاياتها سقطت بسقوط غايتها.

فإن ظهر ما يزيد في قوة التهمة المنسوبة إليه جاز زيادة حبسه وضربه لإقراره ، كما سبق وأن تقرر .

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص٢٠٤.

ومن الأدلة على رأي الجمهور ، ما رواه أنس بن مالك عن رسول الله ﷺ في حديث طويل : « ... فندب رسول الله ﷺ الناس ، فانطلقوا حتى نزلوا بدراً ، ووردت عليهم روايا[1] قريش ، وفيهم غلام أسود لبني الحجاج ، فأخذوه ، فكان أصحاب رسول الله ﷺ يسألونه عن أبي سفيان وأصحابه ، فيقول : ما لي علم بأبي سفيان ، ولكن هذا أبو جهل وعتبة وشيبة وأمية بن خلف ، فإذا قال ذلك ضربوه ، فقال : نعم ، أنا أخبركم هذا أبو سفيان ، فإذا تركوه فسألوه ، فقال : ما لي بأبي سفيان علم ... ورسول الله ﷺ قائم يصلي، فلما رأى ذلك انصرف ، قال : والذي نفسي بيده ، لتضربوه إذا صدقكم ، وتتركوه إذا كذبكم ... » الحديث[2] .

ووجه الدلالة أن الصحابة استخدموا الضرب وسيلة لاستخراج الحق من الخادم ، ومع ذلك لم ينكر النبي ﷺ الضرب ، إلا أنه وجههم أن ضربهم غير ذا فائدة معه ؛ لأنه بالضرب يكذب ، وبدونه يصدق ، والمطلوب الصدق .

٢- أن أدلة الفريق الثاني لا تدل على ما نحن بصدده .

أما العموميات فقلنا سابقاً إنها لا تصلح للاستدلال مع وجود ما يخصصها .

وأما أدلة النفي فلا تصلح أن تكون أدلة إثبات ، فقولهم إنه لم يثبت أن النبي ﷺ ضرب أحداً بتهمة ، فهذا ينفي الوقوع ، فلا يصلح لإثبات منع الضرب بالتهمة، كيف وقد نقل أن النبي ﷺ أذن بالضرب بالتهمة ، كما استدل الفريق الأول ، فلم يبق لدليل النفي حجة ؛ لأنه معارض بدليل إثبات.

أما ما روي عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه ، فإن الذي أراه في هذه الرواية إنما هو لظرف خاص حكم به عمر رضي الله عنه ، وتفصيل ذلك:

---

(١) روايا : الراوية : الإبل التي يستقى عليها ، أو الحوامل للماء . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٤ ص٣٤٦) .

(٢) (مسلم/ الجهاد والسير/ باب غزوة بدر/ ح١٧٧٩) (أبو داود/ الجهاد/ باب في الأسير ينال منه ويضرب ويقرر/ ح٢٦٨١) (أحمد/ عن أنس / ح١٢٧٧٣، ١٣٢٩٢) .

أ - أن الإمامة مسؤولية جسيمة وخطيرة ، ومن عرف عواقبها في الدنيا والآخرة حسب لها كل حساب. ومن الأئمة الذين بلغ شعورهم بهذه المسؤولية القمة عمر بن عبد العزيز ، فقد كان من الورع والخوف من الله تعالى لدرجة أنه يخشى أن تناله معرّة من إذنه بمثل هذه التصرفات ، وهو يفعل ذلك اقتداء برسول الله ﷺ ، ولهذا قال الراوي : فكتب إليّ أن آخذ الناس بالبينة وما جرت عليه السنة .

وباستقراء أفعال النبي ﷺ نجد أن هذه هي سنته ﷺ ، ولولا أنه في مقام التشريع ما ضرب أحداً بتهمة ؛ لأنه من الورع بمنازل يفوق فيها سائر خلق الله تعالى، ولعل فعله ﷺ لم يبلغ عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه ، فقال إنها السنة ، من خلال استقرائه لأحكامه وأفعاله ﷺ .

ب - أن فساد الناس من فساد حكامهم ومن يسوسهم ، فإن سرق الإمام كان الناس أسرق ، وإن خان الأمانة فهم للأمانة أخون ، ولن يصلحهم عندئذ لا ضرب ولا سجن .

أما إن كان الإمام يسير بالناس بالسوية كان قدوة لهم ، وكانوا على خير حال، فإن جاء بعد أن صلح الحال بالإمام من اتهم بالجرائم وعلم ولي الأمر أنه لا يخرج الحق منه إلا بالضرب ، كان الضرب علاجاً وطريقاً نحو بلوغ المراد.

ولقد جاء سيدنا عمر رضي الله عنه وكان الناس في شر حال بالمقارنة مع عهد النبوة والخلافة الراشدة ، فعلم أن الضرب في الناس غير مصلح بل هو مفسد . وقد سبق القول أن هذه الإجراءات وسائل لا غايات ، تسقط بسقوط مقصودها ، فلما سقط المقصد من الضرب سقط الضرب ذاته .

ولذلك كان رضي الله عنه حريصاً على إصلاح الرعية أولاً بعد أن فسدوا بفساد ولاة أمرهم .

يدلك على ذلك أن توصية عمر رضي الله عنه آتت أكلها ؛ يقول عامله: فما

خرجت من الموصل حتى كانت من أصلح البلاد وأقلها سرقة ونقباً ، فتحقق المقصود دون الضرب ، فما الحاجة للضرب إذاً ، خصوصاً إذا علمنا أن التعذيب والضرب كان سمة من سمات الحكم في العهود السابقة لحكم عمر بن عبد العزيز عدا الخلافة الراشدة والنبوة ، فكيف يأتي ليقرر أمراً حاربه سنوات طوال من خلال معارضته سياسة التعذيب والتنكيل .

ومن هنا ، فإننا نقول : إن زماننا كثر فيه التعذيب والضرب بلا مبرر وبتهمة وبلا تهمة ، وناسب هذا الزمان القول بمنع الضرب ورفعه حتى يصلح حال الناس بإمام عادل .

فإن تحقق الإمام العادل وبقي مع ذلك من يفعل الجرائم فقد أعذر الإمام فيه، فله أن يضربه وفق الضوابط الشرعية السائغة ، ومنها :

١- أن يكون الضرب هو الوسيلة الوحيدة الموصلة للحق ، أما إن وجدت الوسائل الكفيلة بإيصال الحق والوصول إليه دون ضرب ، فنقرر منع الضرب عندها، وهذا أيضاً في زماننا ممكن ؛ فإن وسائل الكشف تغيرت وتعددت ، وصار الضرب علامة الجهل والتخلف ، ووجدت وسائل حديثة يعرف من خلالها من فعل الفعل ، ومتى فعله ، وكيف فعله ، ولماذا فعله كذلك ؟ فما الحاجة إلى الضرب بعدها .

٢- أنها حاجة مقيّدة في حدود ضيقة ؛ كأن لا يكون الوقت يسمح باستخدام هذه الوسائل الحديثة، وثبت أن في عدم استخدام الوسائل العاجلة كالضرب ما يفوت روحاً أو عضواً أو فائدة عضو ، فعندها يجوز استخدام الضرب ، بل يصبح واجباً . والله تعالى أعلم .

٣- ثم لا بد من تقييد هذا الضرب المسموح بحقوق الآدميين كقتلٍ أو جرحٍ ومال في السرقة ومهر في الزنا . فهذه حقوق عباد مبنية على المشاحة فتستوفى دونما اعتبار لشبهة الضرب .

أما حقوق الله تعالى فمبنية على الدرء والمسامحة ، فلا يجوز الضرب فيها؛ لأن الضرب يعتبر بحد ذاته شبهة في إقرار هذه الجرائم . يدل على هذا :

أ- يقول سيدنا عمر رضي الله عنه : « ليس الرجل بأمين على نفسه إن أجعته أو أخفته أو حبسته »[1]. فدلّ هذا على منع الضرب في حقوق الله .

فالأقوال المأخوذة تحت الضرب والأذى لا يصح الاحتجاج بها ، كما ذكر العلماء ، وعلى هذا اتفاقهم[2] .

ب- ويدل عليه ما قاله عمر بن عبد العزيز : « من أقرّ بعدما ضرب سوطاً واحداً فهو كذاب »[3].

ج- وما روي عن شريح أنه قال : « القيد كره ، والسجن كره ، والوعيد كره »[4] .

د- وما روي عن طارق الشامي أنه أتي برجل في سرقة ، فضربه ، فأقر ، فبعث إلى ابن عمر يسأله عن ذلك ، فقال له ابن عمر : « لا تقطعه ، فإنه إنما أقرّ بعد ضربك إياه »[5].

هـ- وما روي عن أبي مجلز أنه قال : « المحنة[6] في الصفة أن يوعد ويجلب

---

(١) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٤٩٣/ح٢٨٣٠٣) (سنن البيهقي الكبرى/ج٧ص٣٥٨/ ح١٤٨٨٤) (مسند الربيع ورواه عن ابن مسعود/ ص٣٠١/ح٧٩٥) (مصنف عبد الرزاق/ ج٦ص٤١١/ ح١١٤٢٤) .

(٢) انظر : (الشافعي/الأم/ج٣ص٢٤١) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص٦٣) .

(٣) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٤٩٣/ح٢٨٣٠٠) .

(٤) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٤٩٣/ح٢٨٣٠٢) (سنن البيهقي الكبرى/ج٧ص٣٥٩/ ح١٤٨٨٥) (مصنف عبد الرزاق/ج٦ص٤١١/ ح١١٤٢٣) .

(٥) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٤٩٣/ح٢٨٣٠٦) .

(٦) المحنة : الاختبار ، امتحنته ، أي اختبرته . (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص١٥٩٢) .

عليه، وإن ضربته سوطاً واحداً فليس اعترافه بشيء »[1].

و- وما روي أن عمر رضي الله عنه أتي بسارق فاعترف ، قال : « أرى يد رجل ما هي بيد سارق » ، فقال الرجل : والله ما أنا بسارق ، ولكنهم تهددوني ، فخلى سبيله ولم يقطعه[2].

ز- وروي عن الزهري أنه قال : « لا يجوز الاعتراف بعد عقوبة في حد ولا غيره »[3].

وكل هذه النصوص شاهدة على منع إقامة الحد مع شبهة الحبس أو الضرب أو حتى التهديد . وقد نقل غير واحد من العلماء الاتفاق على منع إقامة الحد إذا أقر الرجل بإكراه[4].

أما حقوق الآدميين فتثبت مع الضرب والحبس والتهديد ، ولكن بشروطه المشروحة المذكورة سابقاً .

---

(١) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٤٩٣/ح٢٨٢٩٩) .

(٢) (مصنف عبد الرزاق/ج١٠ص١٩٣/ح١٨٧٩٣) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٥٢٠/ ح٢٨٥٧٩) (الزيلعي/نصب الراية/ج٤ص٧٧) .

(٣) (مصنف عبد الرزاق/ج١٠ص١٩٢/ح١٨٧٨٦) .

(٤) انظر : (ابن قدامة/المغني/ج٩ص٦٣) (السرخسي/المبسوط/ج٩ص١٨٤، ١٨٥) (ابن مفلح/ الفروع/ج٦ ص٤٨١).

الفصل الثالث

أصول المحاكمات الشرعية الجزائية في رفع الدعوى

يتناول هذا الفصل المرحلة الثانية من مراحل التعامل مع الجرائم الواقعة في المجتمع والمتمثلة في رفع الدعوى الجزائية إلى من له النظر فيها .

ورفع هذه الدعوى يعتبر مدخلاً لعملية التقاضي ، وهي كذلك الطريق الذي يوصل الأمة إلى تحصيل حقها من الجاني ، وهو الذي أقضّ مضجعها وأقلق أمنها بفعله ما نهى الله تعالى عن فعله .

ويقتضي الحديث عن الدعوى بيان مفهومها ، وذكر أركانها وشروطها ، وبيان أقسامها ، ثم الحديث عن أطراف النزاع في عملية رفع الدعوى ، وهما المدعي والمدعى عليه ، توضيحاً لدورهما ، وبياناً لأحكامهما ، تحصيلاً للأمر على وجهه المشروع المقبول .

وقد جاء هذا الفصل موزعاً على أربعة محاور جعلتها مباحث لهذا الفصل .

المبحث الأول : مفهوم الدعوى الجزائية وأقسامها .

المبحث الثاني : أركان وشروط الدعوى الجزائية .

المبحث الثالث : أطراف الدعوى الجزائية .

المبحث الرابع : الادعاء الجزائي في حق الله الخالص والحق المشترك .

المبحث الأول

مفهوم الدعوى الجزائية وأقسامها

في هذا المبحث أتناول تعريف الدعوى الجزائية لغةً واصطلاحاً ، وبيان مشروعيتها ، ثم الحديث عن أقسام الدعوى الجزائية ، والآثار المترتبة عليها .

وبذا يتكون هذا المبحث من مطلبين هما :

المطلب الأول : تعريف الدعوى الجزائية لغة واصطلاحاً وبيان مشروعيتها.

المطلب الثاني : أقسام الدعوى الجزائية والآثار المترتبة عليها .

المطلب الأول

تعريف الدعوى الجزائية لغة واصطلاحاً وبيان مشروعيتها

للدعوى تعريفات متعددة في اللغة ، إلا أن ما يهمنا أنها تعني الطلب والتمني، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ ﴾[1]، ويقول النبي الكريم ﷺ : « ما بال دعوى الجاهلية »[2]؛ لأنهم كانوا يدعون بها عند الأمر الشديد بعضهم بعضاً ، وهي قولهم: يا لفلان[3] .

---

(١) (سورة يس ، آية رقم ٥٧) .

(٢) (البخاري/ المناقب/ باب ما ينهى من دعوة الجاهلية/ ح٣٥١٨) (مسلم/ البر والصلة والآداب/ باب نصر الأخ ظالماً أو مظلوماً/ ح٢٥٨٤) (الترمذي/ تفسير القرآن/ باب من سورة المنافقين/ ح٣٣١٥) (أحمد/ عن جابر بن عبدالله/ ح١٤٨٠١، ١٤٧٠٩، ١٤٢٢١، ١٤٠٥٨) .

(٣) انظر: (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٤ص٢٥٩) (الفيروزأبادي/ القاموس المحيط/ ص١٦٥٥). =

ومن معاني الدعوى الزعم ، وهو أن يزعم الإنسان أن له حقاً سواء أكان محقاً أم مبطلاً ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَقِيلَ هَٰذَا ٱلَّذِى كُنتُم بِهِۦ تَدَّعُونَ ﴾[1] ، أي تزعمون و تكذبون[2] .

إلا أن هذا المعنى لا يتناسب مع الدعوى الصادقة كما أخبر بذلك الفقهاء ؛ يقول الإمام السرخسي ما نصه : « إلا أن إطلاق اسم المدعي في عرف اللسان يتناول من لا حجة له ولا يتناول من له حجة ، فإن القاضي يسميه مدعياً قبل إقامة البينة ، فأما بعد إقامة البينة يسميه محقاً لا مدعياً ، ويقال لمسيلمة مدعي النبوة ، ولا يقال لرسول الله ﷺ يدعي النبوة ؛ لأنه قد أثبته بالمعجزة ، فعرفنا أن إطلاق الاسم على من لا حجة له عرفاً » [3].

وقد ورد في كتب الفقه تعريف للدعوى بأنها : « قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره » [4]. وهذا التعريف أورده الحنفية .

وعند الحنابلة : « إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً » [5].

= ومن معانيها اللغوية : الدعاء ، وهي اسم لما يدعيه الإنسان ، وهي كذلك اسم لما تدعو إليه من طعام أو شراب . وجمع على دعاوى بفتح الواو وكسرها ، كفتاوى ، وقال البعض : إن الكسر أولى ، وجزم به البعض ، وقال آخرون : قراءتها بالفتح أو الكسر سيان .

واسم فاعله : مدعٍ ، واسم مفعوله : مدعى عليه ، والحق المطلوب : مدعى به ، ومصدره : الادعاء .

انظر : (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٤ص٢٥٩) (الفيروزأبادي/ القاموس المحيط/ ص١٦٥٥) (الفراهيدي/ العين / ج٢ص٢٢٢) .

(١) (سورة الملك ، آية رقم ٢٧) .

(٢) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٤ ص٢٦١) (الفراهيدي/ العين/ ج٢ص٢٢١) .

(٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٧ص٢٩) . وانظر : (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص٢٥٠) .

(٤) (البابرتي/ العناية/ ج٨ص١٥٢) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٨ص١٥٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٧ ص٢٩) (منلاخسرو/ درر الحكام/ ج٢ص٣٢٩) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٥٤١) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص٢٤٩) (العبادي/ الجوهرة النيرة/ ج٢ص٢٠٩) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص١٧٣) .

(٥) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣٨٤) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص٣٦٩) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ ص٢٤١) .

ونسبوا هذه التعريفات إلى اللغة ، إلا أن التعريفين الآخيرين ليس لهما ذكر عند أهل اللغة ، بل هو عند أهل المنطق والكلام[1] .

أما في الشرع والاصطلاح ؛ فإن للدعوى تعريفات متعددة ، سأوردها لأتمكن من الخروج بتعريف للدعوى الجزائية موضوع بحثنا .

١- الدعوى هي : طلب أحدٍ حقه من آخر في حضور المُحاكم[2] .

وقد قام بعض الفقهاء بوضع تعريف أكثر تفصيلاً لهذا التعريف فقالوا :

طلب أحد حقه حال المنازعة في حضور القاضي أو في المحكمة بلفظ يدل على الجزم ، مضيفاً إياه لنفسه أو إلى موكله[3] .

٢- الدعوى قول مقبول يقصد به طلب حقه قِبَل غيره ، أو دفعه عن حق نفسه[4] .

٣- أنها طلب حق من خصم عند حاكم وإخباره باستحقاقه وطلبه منه[5] .

٤- أنها مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته[6] .

٥- أنها إخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم ليلزمه به[7] .

---

(١) انظر : (الجرجاني/ التعريفات/ ص١٣٩) (القونوي/ أنيس الفقهاء/ ص٢٤١) (المناوي/ التعاريف/ ص٣٣٨) .

(٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج١ص٧٥/ ج٤ص١٧٣/ م١٦١٣) .

(٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٢٩١) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ص٢٩٠) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص ١٩١) .

(٤) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٥٤١) .

(٥) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص٣٦٩) .

(٦) (البابرتي/ العناية/ ج٧ص٤٣٢/ ج٨ص١٥٢) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٨ص١٥٢) .

(٧) وهو تعريف الشافعية . انظر: (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص٢٨٥) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص ٣٨٦) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٣٣٣) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٣٩٩) (الجمل/ حاشية الجمل /ج٥ص٤٠٧) (البجيرمي/ حاشية البجيرمي على الخطيب/ج٤ ص٤١٢) (البجيرمي/ حاشية البجيرمي على المنهج/ ج٤ص٣٩٣) .

٦- أنها إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته[١] .

٧- أنها إخبار عن سابق حق أو باطل للمخبر على غيره بمجلس الحكم[٢] .

٨- أنها إخبار خصم باستحقاق شيء معين أو مجهول كوصية ، وإقرار عليه ، أو عنده، له أو لموكله ، أو توكيله ، أو لله حسبة ، يطلبه منه عند حاكم[٣] .

٩- أنها إخبار يتعدى حكمه لغير قائله ويكون للمخبر فيه نفع[٤] .

١٠- أنها قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله أو حمايته[٥] .

وبالنظر إلى التعريفات السابقة ، نلحظ أن قسماً منها لا يكفي أن يكون تعريفاً للدعوى بشكل عام ، فضلاً عن أن يكون تعريفاً للدعوى الجزائية بشكل خاص ، وذلك واضح بالنظر إلى ردود العلماء بعضهم على بعض في ضبط حدود تعريف الدعوى ، وليس هذا مجال بحثنا فليراجع في مكانه[٦] .

ثم يمكن ملاحظة وجه الشبه بين هذه التعريفات ، مما يدل على اتفاق العلماء في بعض مفردات التعريف واختلافهم في الأخرى، ويدل على اطلاع العلماء على

---

(١) وهو تعريف للحنابلة. انظر : (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣٨٤) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص٢٤١) (المرداوي / ج١١ص٣٦٩) .

(٢) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١١ص٢٨٥) .) .

(٣) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص٣٦٩) .

(٤) وهذا التعريف استخلصته من أقوال المالكية في تحديد معنى الدعوى ، إذ يقولون :

« الإقرار والدعوى والشهادة كلها إخبارات ، والفرق بينها أن الإخبار إن كان حكمه يقتصر على قائله فهو الإقرار ، وإن لم يقتصر فإما أن لا يكون للمخبر فيه نفع وهو الشهادة ، أو يكون وهو الدعوى » .

انظر : (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٥ص٢١٦) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٦ص٨٦) (عليش/ منح الجليل/ ج٦ص٤٢٠) .

وقد استخلصت هذا التعريف من هذا النص بعد أن بحثت فلم أجد للدعوى عندهم تعريفاً محدداً .

(٥) (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص١٠١) .

(٦) انظر : المرجع السابق .

تعريفات الآخرين والاستفادة منها في ضبط التعريف .

ولعل أشمل تعريف للدعوى بشكل عام هو الأخير من بينها . إلا أن الدعوى الجزائية تحتاج إلى تعريف خاص بها .

وبعد دراسة جوانب الدعوى الجزائية ، أستطيع القول أن الدعوى الجزائية :

(وسيلة طلب حق جزائي عام أو مشترك أمام من وكل إليه النظر فيه).

- أما أنها وسيلة ، فإن الدعوى بذاتها وسيلة ، أما مقصود هذه الوسيلة فهو طلب الحق، ، وسواء قلت إخبار ، أو قول وما يقوم مقامه ، فإنها كلها وسائل ، والتعبير بالوسائل يشملها وغيرها .

- أما أن مقصدها هو طلب حق ، فإن هذا القيد ضروري ؛ لأنه المقصود من الدعوى ، ولذلك من قال بأن الدعوى إخبار ، ولم يقيد ذلك بطلب الحق ، كان تعريفه ناقصاً ؛ فالإخبار وحده لا يلزم منه مطالبة بحق .

- أما تقييد الحق بالجزائي ، فذلك تفريقاً بين الدعوى الجزائية والدعوى المدنية ، والدعوى في الأحوال الشخصية .

- أما التقييد بالعام والمشترك ، فهو إخراج لما تمحض حقاً لآدمي ، فإنه ليس من الدعوى الجزائية وإنما يدخل في غيرها .

- أما قولي : « أمام من وكل إليه النظر فيه » ؛ أي في الحق ، ووكل إليه : أي أمر تحصيله دون تخصيص بقاضٍ ونحوه ، فقد يكون من وكل إليه الأمر غير القاضي، وإن كان الغالب أنه الذي وكل إليه أمر تحصيل الحقوق ، إلا أن هذا لا يمنع أن يوكل الأمر إلى غيره . ومن الممكن التعذر لمن حدده بلفظ القاضي بأن كل من يوكل إليه أمر النظر في الحقوق هو قاضٍ .

فأقول إنه كلام صحيح ، إلا أن التقييد بمن وكل إليه الأمر أبعد للشبهة أو الالتباس ؛ فإن الأمر قد يوكل لوالي المظالم في بعض الجزائيات ، وقد يوكل للأمير أو والي البلد ، فيكونون جميعاً في سبيل الاستيفاء للحقوق قضاةً وإن لم يتسموا بذلك، فالعبرة في المعاني لا في الألفاظ والمباني.

يقول الإمام زكريا الأنصاري :

« وقوله (يشترط الرفع إلى القاضي) فالقاضي مثل ، فالمحكم كذلك ، والمنصوب للمظالم من جهة الإمام والوزير والمحتسب ونحوهم إذا تضمنت ولاياتهم ذلك »[1].

ويقول الإمامان قليوبي[2] وعميرة[3] :

« وقوله (إلى قاضٍ) ومثله أمير ونحوه ممن يرجى الخلاص على يده ، والمقصود عدم الاستقلال »[4]. أي الاستقلال باستيفاء الحقوق .

وأوضح عبارة كانت لابن تيمية إذ يقول :

« الدعاوى التي يحكم فيها ولاة الأمور ، سواء سموا قضاة أو ولاة أو تسمى بعضهم في بعض الأوقات ولاة الأحداث أو ولاة المظالم أو غير ذلك من الأسماء العرفية الاصطلاحية ، فإن حكم الله تبارك وتعالى شامل لجميع الخلائق ، وعلى كل من ولي أمر الأمة أو حكم بين اثنين أن يحكم بالعدل والقسط ، وأن يحكم بكتاب الله وسنة رسوله ، وهذا هو الشرع المنزل من عند الله »[5].

وقد بحث العلماء الدعوى الجزائية في مباحث متعددة منها :

- دعوى التهمة : وهو أن يدعي فعلَ محرّمٍ على المطلوب يوجب عقوبته ، مثل قتل أو قطع طريق أو سرقة[6].

---

(١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٨٦) .

(٢) قليوبي : أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي ، أحد أئمة الشافعية ، له حواشٍ وشروح ورسائل ، من مصنفاته : تحفة الراغب ، وفضائل مكة والمدينة وبيت المقدس ، حاشية على جمع الجوامع ، حاشية على شرح الجلال المحلي على منهاج النووي . (الزركلي/ الأعلام/ ج١ص٨٨) .

(٣) عميرة : شهاب الدين أحمد البرلسي المصري ، الملقب بعميرة ، علامة محقق ، كان فقيهاً أصولياً زاهداً ورعاً حسن الأخلاق، انتهت إليه رياسة المذهب الشافعي ، له حاشية على شرح جمع الجوامع للسبكي. (عمر كحالة/ معجم المؤلفين/ ج٨ص١٣) (العكري/ شذرات الذهب/ ج٤ص٣١٦) .

(٤) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٣٦) .

(٥) (ابن تيمية/ كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية/ ج٣٥ص٣٨٩) (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص٨٢) .

(٦) (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص٨٢) .

- دعوى الحسبة : وهو أن يدعي ما ليس له فيه مصلحة خاصة احتساباً للأجر عند الله تعالى ، ومثله شهادة الحسبة[1] .

إلا أن دعوى الحسبة ليست مقتصرة على الدعوى الجزائية بالمعنى الذي ذكرت ، فهي تشمل جملة من الحقوق الخالصة لله تعالى مما لا يدخل في باب الجزائيات ، كما في الطلاق والرضاع والنكاح وغيرها .

وقبل الحديث في أركان الدعوى وشرائطها لا بد من التعريج على مشروعيتها؛ فقد ذكر العلماء أن الادعاء بشكل عام مشروع وثابت بالكتاب والسنة وإجماع الأمة[2] .

والأدلة على مشروعيتها كثيرة ومنها:

- ما رواه البخاري ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما ، أن النبي ﷺ قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه »[3].

والحديث يشير إلى وجود مدعٍ ومدعى عليه ، وطرف ثالث يعطي الحق لصاحبه ، وبذلك حدد طريقة الحكم وأسلوب القضاء ، و حدد المطلوب من كل طرف من أطراف القضية ، ويشمل هذا الدعوى في الدماء و في الأموال .

- ومنها ما أخرجه الترمذي في سننه عن عبد الله بن عمرو بن العاص ، أن

---

(١) المرجع السابق .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩٣) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص٢٤٩) (البابرتي/ العناية/ ج٨ص١٥٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص١٧٠-١٧١) .

(٣) (البخاري/ تفسير القرآن/ باب ﴿ إن الذين يشترون بعهد الله ﴾ الآية/ ح٤٥٥٢) (مسلم/ الأقضية/ باب اليمين على المدعى عليه/ ح١٧١١) (النسائي/ آداب القضاة/ باب عظة الحاكم على اليمين/ ح٥٤٢٥) (ابن ماجه/ الأحكام/ باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه/ ح٢٣٢١) (أحمد/ عن ابن عباس/ ح٣٤١٧،٣٢٨٢،٣١٧٨) (ورواه ابن حبان وأبو عوانة والبيهقي والدارقطني والنسائي في السنن الكبرى وعبدالرزاق والطبراني وأبو يعلى).

النبي ﷺ قال : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »[1] .

قال العلماء : والمعنى فيه أن جانب المدعي ضعيف ، فدعواه خلاف الأصل ، فكلف الحجة القوية ، وجانب المنكر قوي ، فاكتفي منه بالحجة الضعيفة[2] .

وقد بين الفقهاء أن المقصود من شرعيتها ليس ذاتها -فهي وسيلة كما ذكرت في تعريفها- بل من حيث انقطاع الخصومة بها ، لما في امتداد الخصومة من الفساد ، والله تعالى لا يحب الفساد[3] .

وهم بهذا يدللون على مشروعيتها عقلاً ، فإن قطع الخصومة مقصد شرعي ، وتحصيله أمر واجب ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، ويتصور ذلك عند تعين القضاء طريقاً لرفع الخصومة والخلاف .

المطلب الثاني
أقسام الدعوى الجزائية والآثار المترتبة عليها

قبل الحديث في أقسام الدعوى الجزائية لا بد من الإشارة إلى أن الدعوى بشكل عام تقسم إلى قسمين :

أ - دعوى غير تهمة : وهي كأن يدعي عقداً من بيع أو قرض أو رهن أو ضمان أو غير ذلك ، وهي تتعلق بحق الآدمي الخالص ، ويتبعها أنواع عديدة من

---

(١) (الترمذي/ الأحكام/ باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه/ ح١٣٤٢،١٣٤١) (سنن البيهقي الكبرى/ ج١٠ص ٢٥٢/ ح٢٠٩٩٠) (سنن الدارقطني/ ج٤ص١٥٧/ ح٨) (مسند الشافعي/ ص١٩١) (مسند الربيع/ ص٢٣٤/ ح٥٩٢) (ابن الملقن/ خلاصة البدر المنير/ ج٢ص٢٨٧/ ح٢٣١٩) . (ويوب البخاري له في كتاب الرهن والشهادات وتفسير القرآن) (ومسلم في الأقضية) .

(٢) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٣٣٣) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص٢٨٦) (الصنعاني/ سبل السلام/ ج٢ ص٥٨٨) .

(٣) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج١٧ص٢٨) (البابرتي/ العناية على الهداية/ ج٨ص١٥٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ٤ص١٧١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩٢) .

الدعاوى ، كدعوى الدَّين ودعوى النسب ودعوى الاستحقاق وغيرها[1] .

ب- **دعوى تهمة** : وهي أن يدعي فعل محرم على المطلوب يوجب عقوبة مثل قتل أو قطع طريق أو سرقة أو غير ذلك من صور العدوان .

وهي إما أن تتعلق بما هو من حق الله الخالص ، أو يتعلق بما يتضمن الأمرين[2] .

وثمرة التفريق بين دعوى غير التهمة ودعوى التهمة يظهر من خلال بيان الحق الذي تحميه كل منهما ، فدعوى غير التهمة تحمي حقاً خاصاً للمتخاصمين لا يتعداهم إلى غيرهم ، إلا بصورة غير مباشرة ، أما دعوى التهمة فتحمي حقاً لله أولاً، ثم حقاً للآدميين .

وهذا يستتبع جملة من الفروق بينهما ، ومن هذه الفروق كيفية التعامل مع المدعى عليه في مراحل معالجة الواقعة ، وفي تحديد المدعي في كل خصومة ، إذ إن دعوى غير التهمة دوماً يكون المتضرر هو الخصم المواجه للمدعى عليه ، ويمارس حقه في المخاصمة بنفسه أو بوكيله أو بوليه .

أما في دعوى التهمة فنلاحظ أن المدعي قد يكون شخصاً خارج حدود العلاقة المباشرة بالمصلحة الناتجة عن التقاضي .

وللدعوى الجزائية أقسامٌ متعددةٌ باعتبارات مختلفة .

فمن حيث وجوب سماعها تنقسم إلى :

أولاً : دعوى مسموعة : وهي الصحيحة التي توافرت شروطها[3] .

---

(١) انظر : (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ص٤١٦) (ابن الشاط/ إدرار الشروق/ ج٤ص١٢٠) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١١٧) (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص٨٢) (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٤ ص٢٣٤) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ ص٢٤٢) .

(٢) انظر : (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص٨٢) .

(٣) انظر : (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٣٠٩) (ميارة الفاسي/ شرح ميارة/ ج١ص١٨) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص١٢٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٥٢،١٥١) (القرافي/ الفروق/ ج٤ ص١١٥) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٢٩٢) .

وقد قسمها ابن فرحون إلى قسمين :

١- ما يسمع الحاكم الدعوى به ويمكن المدعي من إقامة البينة على دعواه ، ولا يلزم الحاكم المدعى عليه بالجواب . ومثاله : الدعوى على الصغير والسفيه ؛ إذ إن وليهما هو الذي يجيب ، وكذلك وصيهما[١] .

٢- ما يسمعه الحاكم ويمكن المدعي من إقامة البينة على دعواه ، ويلزم المدعى عليه بالجواب ، وهي الدعوى الصحيحة المستجمعة لشروطها[٢] .

ثانياً : **الدعوى غير المسموعة** ، وتنقسم إلى :

١- الدعوى الباطلة : وهي التي لحق الفساد بأصلها لا بوصفها[٣] ، وهذه الدعوى لا ينبني عليها شيء ، ولا قيمة لها شرعاً ؛ ذلك أن ما يبنى على الباطل باطل .

٢- الدعوى الفاسدة : وهي التي لحق الفساد بوصف من أوصافها[٤] ، وهي التي اختل شرط من شروطها ، ولا يعود الإخلال بهذا الشرط على أصل الدعوى أو على أحد أركانها ، وبذا يمكن تصحيحها بخلاف الباطلة .

وقد قسم ابن فرحون الدعوى غير المسموعة إلى :

١- ما لا يسمعه الحاكم ولا يلزم المدعي بسبب ما ادعاه شيئاً ، وهي الدعاوى التي يكذبها العرف والعادة[٥] .

وواضح أن السبب في عدم سماع هذه الدعوى اختلال شرط من

---

(١) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٥٢،١٥١) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٥٢) .

(٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٢٩٢) (القرافي/ الفروق/ ج٤ص٧٢) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٨ ص١٥٢، ١٥٣) .

(٤) المراجع السابقة .

(٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٥٢) .

الشروط المتعلقة بركن من أركان الدعوى وهو المحل . وسنأتي على ذكر هذه الشروط فيما بعد بإذن الله تعالى .

٢- ما لا يسمعه الحاكم ولا يقبله ، لكنه يؤدب المدعي بسبب ما ادعاه ، كالدعاوى على أهل الدين والصلاح بما لا يليق بهم[١] .

والحديث هنا عن الدعوى التي تخلو عن البينة ، فيكون الاتهام مجرداً عن أي دليل ، وهي بهذا قريبة من المثال السابق ؛ لأن العرف والعادة تكذب أن يكون المشتهرون بالعدالة والتقوى محل اتهام ، فإن أثبت اتهامه بالبينة قُبِلت دعواه ، فإنه لا حصانة لأحد في أحكام الشرع كما سيظهر فيما بعد .

وتقسم الدعوى الجزائية كذلك من حيث تأكيد المدعي نسبة الفعل للمتهم إلى:

١- **دعوى تحقيق** : وهي التي يكون فيها نسبة الفعل للمتهم محققة ومؤكدة من طرف المدعي ، وذلك بأن يقول : أنا متأكد ومتحقق بأنه تعدى أو فعل كذا ، فلا يكون في صيغة الادعاء شك أو ظن[٢] .

٢- **دعوى غير محققة** : وهي ما يسميها المالكية دعوى اتهام[٣] ، فتكون نسبة الفعل للمتهم غير مؤكدة في صيغة الادعاء ، بأن يقول : أنا أتهمه في كذا ، أو أن يكون في صيغة الادعاء شك أو ظن .

أما الآثار المترتبة على الدعوى ، فقد ذكر العلماء جملة من الآثار تترتب على رفع الدعوى ، منه ما يخص الجزائية ، والآخر يشمل كل دعوى .

---

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٥٢) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٤٣٧) .

(٢) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ص١٥٤/ ج٦ص١٥٥) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص١٤٤) (عليش/ فتح العلي المالك/ ج٢ص١٨٥) .

(٣) المراجع السابقة .

١- وجوب الجواب على المدعى عليه[1] . وهذا يشترك فيه كل نوع من الدعاوى .

وقالوا : إن قطع الخصومة والمنازعة واجب ، ولا يمكن قطع الخصومة والمنازعة إلا بالجواب ، فكان واجباً[2] .

٢- وجوب السؤال من الحاكم[3] لينكشف له وجه الحكم ، وهو ما يعني بدء إجراءات السلطة القضائية نحو القضية المرفوعة كشفاً وبحثاً ؛ لأن القضاء بالعدل طريقه الكشف والبحث، فلا يكتفى بما يقوله الخصم على خصمه ، بل لا بد من البحث عن كل ما يساعد في إحقاق الحق وإزهاق الباطل .

وهذا السؤال من الحاكم لا يعني إيجاب شيء للمدعي على المدعى عليه ؛ لأن القاعدة تقول : « الأصل أن المدعي لا يعطى شيئاً بمجرد الدعوى »[4] ، لقوله ﷺ : « لو يعطى الناس بدعواهم لذهب دماء قوم وأموالهم ... » الحديث[5]، فتكون الدعوى هي بداية الطريق نحو الوصول إلى الحق .

وهذا الأثر يشمل (الدعويين) المدنية والجزائية على حدٍّ سواء .

٣- أما في الجرائم والجنايات ، فإن للدعوى أثراً خاصاً ، ذلك أن الدعوى إذا احتفت بقرينة تدل على صدق المدعي وكان الجرم من الحدود التي لا عفو ولا إسقاط فيها ، جاز للقاضي أن يحبس المدعى عليه أو يمنعه من المغادرة للمدينة أو البلد حتى يأتي المدعي على دعواه بما يثبته ، ومثله القصاص .

يقول الإمام ابن فرحون : « إذا ترافع رجلان إلى القاضي ، فقال أحدهما :

---

(١) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص٢٢٤) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٣٢) .

(٢) المرجعين السابقين .

(٣) (البابرتي/ العناية/ ج٨ص١٦٧) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ص٢٩٤) .

(٤) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٣ص٢١٦) (الباجي/ المنتقى/ ج٥ص٢٠٤) (المرداوي/ الإنصاف/ ج٩ ص٤٥٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج٧ص٦٦/ ج١٧ص٢٩) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ص٣٢٨) (العبادي/ الجوهرة النيرة/ ج٢ص٢١٦) .

(٥) سبق تخريجه ، انظر ص١٦٩.

قال لي هذا : يا زانٍ ، وأنكر الآخر ، فإن كان المدعى عليه ممن هو أهل أن يقول هذا القول ، سجنه القاضي حتى يقيم الآخر البينة »[1].

وهذا الأثر وإن كان في بعض الحالات يجيزه بعض الفقهاء في الدعوى المدنية ، إلا أنه يرد في العقوبات بصورة أكثر وضوحاً ، وباتفاق أكثر بين الفقهاء على جوازه، نظراً لخطورتها وجسامة أثرها على المجتمع .

---

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٣٥) .

المبحث الثاني

أركان وشروط الدعوى الجزائية

بعد الحديث عن مفهوم الدعوى الجزائية وبيان أقسامها ، يأتي الحديث عن أركان وشروط هذه الدعوى .

وقد تتعلق هذه الشروط بذات الدعوى ، وقد تتعلق بأطرافها ، ولا بد من توضيح وبيان ما اشترطه الفقهاء في الدعوى الجزائية .

وقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين .

المطلب الأول : أركان الدعوى الجزائية .

المطلب الثاني : شروط الدعوى الجزائية .

المطلب الأول

أركان الدعوى الجزائية

أما أركان الدعوى الجزائية ، فإن تفصيلها كالآتي :

أما عند الجمهور ، فلم يصرحوا بأركان الدعوى ، إلا أن المتتبع لمصنفاتهم يلحظ قيام الدعوى على أربعة أركان :

١- المدعي .

٢- المدعى عليه .

٣- المدعى به .

٤- القول الصادر عن المدعي[1] .

---

(١) انظر : (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص٢٤١) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٢٥٢، ٢٥٣) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٣٥، ٣٣٦) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ص٤٠٧، ٤٠٨) .
ويمكن استخلاص هذه الأركان من كل أنواع المعاملات ، طرفين ومحل وصيغة .

وأما الحنفية فقد صرحوا بأركان الدعوى ، فقالوا :

إذا قال الرجل : لي على فلان أو قبل فلان كذا ، فقد تم الركن(١).

وقالوا : الركن هو إضافة الحق إلى نفسه ، أو من ناب منابه عند النزاع(٢) .

وقالوا كذلك : الركن هو ما يقوم بالشيء ، والدعوى إنما تقوم بإضافة المدعي إلى نفسه، فكان ركناً(٣) .

وقالوا كذلك : ركنها إضافة الشيء مطلقاً(٤) .

وخلاصة أقوالهم : أن الركن هو الصيغة الدالة على إرادة رفع الدعوى ؛ لأن أقوالهم كلها تستلزم ذلك .

والذي أراه أن الخلاف في تحديد أركان الدعوى شكلي لا حقيقي ، كما هو شأن اختلاف الحنفية مع الجمهور في أركان سائر المعاملات ، فهي عندهم الصيغة ، وهي ما يدل على الإرادة ، وعند الجمهور طرفان ومحل وصيغة .

فالقول بالصيغة يستلزم طرفين ومحلاً ولفظاً ، وإلا فلا يتم الركن عند الحنفية ولا عند الجمهور .

فالمدعي هو الذي يقول القول ، ولولاه لما كان القول ، وكذا كل ما يقوم مقام القول .

والمدعى عليه هو الذي يتوجه عليه القول، أو مقصود القول، وهو طلب الحق.

والمحل وهو ما يتناوله القول ويقصد تعلق المطالبة به .

واللفظ أو ما يقوم مقامه هو الدال على إرادة ذلك كله ، وإلا فلا تنشأ الدعوى بالنيات المجردة عن الأقوال .

---

(١) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص٢٢٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩١) (منلاخسرو/ درر الحكام/ ج٢ ص٣٢٩) .

(٢) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٥٤٣) (منلاخسرو/ درر الحكام/ ج٢ص٣٢٩) .

(٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص١٧١) .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩١) .

المطلب الثاني
شروط الدعوى الجزائية

والشروط التي ذكرها العلماء متعددة ، ويمكن تصنيفها إلى نوعين :

١- شروط تتعلق بالدعوى .

٢- شروط تتعلق بأطراف الدعوى .

وتفصيل هذه الشروط كما يلي :

أولاً : ما يشترط في الدعوى :

فقد اشترط العلماء جملة من الشروط ، وتفصيلها كما يلي :

١- أن يكون المدعى به معلوماً ؛ لأن الشهادة بالمجهول والقضاء به أمر متعذر[(١)] .

وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء . فلو أن أحدهم قال لمن ينظر في الدعاوى : أدّعي على فلان جريمة فيها حد أو تعزير ولا أعلمها ، لم تقبل دعواه حتى يكون المدعى فيه معلوماً .

أو كأن يقول : فلان سبني أو شتمني أو قذفني ، فلا بد من تحديد اللفظ الذي شتمه به حتى يتميز عن غيره من الألفاظ ، إذ ليس كل سب وشتم يوجب الحد[(٢)] .

وقد اتفق الفقهاء على أن شرط المعلومية يقتضي تفصيل ما يدعيه المدعي ، بأن يذكر هل كان القتل عن عمد أو عن خطأ أو شبه عمد أو انفراد أو شراكة ، وأنه

---

(١) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج١٧ص٦٣) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص٢٢٢) (القرافي/ الفروق/ ج٤ص ٧٢) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ص٢٩١) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ص٤٦٠) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص ١٧٩) (ابن رجب/ القواعد/ ص٢٣٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١٤٥) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص ٢٧٢) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٢١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٩٠) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص٢٩٣-٢٩٤) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص١٧) .

(٢) انظر : (ابن الشاط/ إدرار الشروق/ ج٤ص١١٥) .

إذا لم يفصل فإن القاضي يسأله مستفهماً . وليس هذا من قبيل التلقين ؛ لأن التلقين هو أن يقول له : قل إنه عمد أو خطأ أو شبه عمد ، وإنما الاستفهام هنا هو بقوله : هل كان القتل خطأً أم عمداً أم شبه عمدٍ . فليس فيه شيء من التلقين[1] .

ومثله في السرقة ، فإنه يشترط ذكر القيمة ليعلم أنه بلغ النصاب أم لا[2] .

وسبب اشتراط هذا التفصيل في مثل هذه الجرائم :

« أن الفائت بالقتل ونحوه من الجنايات لا يعوض ، وقد يحكم بشيء لا يمكن ردّه بعد الحكم . ولأن الأحكام الصادرة في هذه الدعاوى تتعلق بالأسس التي جاء الإسلام لحفظها ، وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال ، فلا يجوز التهاون في أمرها ، ثم إن هذه الأمور تدفع بالشبهات وعدم التفصيل في دعواها يورث شبهة فلا تقبل »[3] .

ولعل السؤال الذي يرد هنا أن الشاهد حسبةً هل يطلب منه مثل هذا التفصيل؟

فلو شهد أن فلاناً قتل ، فهل يشترط حتى يقبل قوله أن يبين أن القتل كان عن عمد أو خطأ أو شبه عمد ؟

ولعل العلماء لم يجيبوا على هذا السؤال ؛ ذلك أن الشهادة ليست داخلة في ضمن الدعوى كما سنبين فيما بعد ، وإنما هي تابعة لباب الشهادة .

والذي يظهر أن الادعاء يقتضي أن المدعي وهو المتضرر المباشر من الجريمة يجب أن يكون على علم بماهية الاعتداء ، ذلك أنه الذي وقع الاعتداء عليه ، ولذلك طلب منه بيان تفصيل ما يدعيه .

أما شاهد الحسبة فإنه لا يشهد لخالص حقه ، وليس هو الذي وقع عليه الجرم

---

(١) انظر : (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩ص٤٧) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٥ص٣٧٨) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٩٦) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩٧) .

(٣) (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص٣٦٤) .

حتى يُسأل عن كل هذه التفصيلات ، ولذا أرى أن القاضي يسمع شهادة الشاهد ثم يتحقق ، فإن وجد أن اعتداءً على حق الله قد وقع ، سعى في إزالته وتحصيل حق الله من الفاعل ، وإن لم يجد فلا شيء على الشاهد ، إلا أن يثبت أنه مُغرضٌ بشهادته ، فله أن يعزره ويؤدبه بما يليق .

٢- كون الدعوى محتملة الثبوت[١] :

أي أن لا يكون الادعاء فيما يكذبه الحس[٢] .

وقالوا : لا تسمع الدعوى بقتل أو غيره على جمع لا يتصور وقوعه منهم ؛ لأنه دعوى محال ، فإن أمكن تصور وقوعه منهم سمعت[٣] .

وضربوا لذلك أمثلة ؛ منها قول الإمام العز : « كما لو ادعى السوقة[٤] على الخليفة أنه استأجره لكنس داره وسياسة دوابه »[٥] .

فيرى أنها لا تسمع ؛ لأن الحس يكذبها .

إلا أن فريقاً من الشافعية ضرب مثلاً شبيهاً به ، وأثبت له حكماً مخالفاً ، فقالوا : « لو ادعى دعوى يشهد الظاهر بكذبها ، مثل أن ادعى كنّاس على قاضٍ أنه استأجره لكنس داره تسمع »[٦] .

والذي يمكن بيانه في هذا الشرط عدة أمور :

منها أن المدعي إذا ادعى ما يستحيل حصوله عقلاً فلا تسمع دعواه ؛ لأن في

---

(١) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٦ص٢٢٤) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص١٠٧) (العز/قواعد الأحكام/ج٢ص١٢٥) (ابن القيم/الطرق الحكمية/ ص٩٦) (المواق/التاج والإكليل/ج٧ص٣٠٩) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ ج٤ ص٩٦) .

(٢) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٣٩١) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص١٤٨) (البهوتي/ شرح منتهى الإرادات/ج٣ص٣٣١) .

(٣) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٩٦) .

(٤) السوقة : من الناس ، الرعية ، ويقصد بهم عامة الناس . (ابن منظور/لسان العرب/ج١٠ص١٧٠) .

(٥) (العز/قواعد الأحكام/ج٢ص١٢٥) (علي حيدر/ درر الحكام/ج٤ص١٧٩) .

(٦) (الخطيب الشربيني/مغني المحتاج/ج٦ص٤٠٧) (الزركشي/المنثور في القواعد/ج٣ص٦٠، ٦١) .

سماع مثله عبث ؛ كأن يدعي إنسان أن فلاناً الثابت وجوده في مكان بعيد عن مكان الجرم قد قام بارتكاب هذا الجرم ، فإن العقل يجزم باستحالة وجود الإنسان في مكانين مختلفين وفي زمان واحد .

ومثله كذلك ما يستحيل حصوله عادةً ، فلا تسمع دعواه فيها ؛ لأنه ضرب من العبث ؛ كادّعاء أحد على آخر أنه زنا البارحة بامرأة وهي قد ثبت موتها قبل عام ، فالعادة تحيل ذلك فلا يقبل إدعاؤه ، وإن كان العقل لا يكذبه لاحتماله ، إلا أن العادة تمنعه .

ومن الأمثلة التي ضربها العلماء : إذا جرح شخص آخر ثم شفي المجروح من جرحه تماماً وعاش مدةً ثم توفي ، فادعى ورثته بأنه من الجائز أن يكون مورثهم مات بتأثير الجرح ، فلا تسمع دعواهم[1] .

ثم يتدرج من له النظر في الدعوى في تحديد قدر احتمالية حصول ذلك ، فإن كان مما قارب هذه المستحيلات فلا ينظر فيه ، وإن ابتعد عنها جاز له النظر فيها وسماعها ، وقد قال العلماء : « لا عبرة بالتوهم »[2].

ومما يناسب هذا المقام القول أن من أراد أن يسمح بالادعاء فيما يكذبه الظاهر، وجب أن يضبط ذلك من جهة العقوبة لمن يظهر كذبه . فإن كان الإذن بسماع الدعوى خوفاً من حصول هذا الممكن مع ظهور كذبه ، فإنه وجب الاحتياط له بتشديد العقوبة على من يظهر كذبه ؛ لأن فتح باب التداعي لا يحسن فعله ، فكان ضبطه بما ذكرت .

---

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج١ص٧٤) .

(٢) (البابرتي/ العناية/ ج٥ص٢٨٣) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج١ص١٩٠) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٥ص ٢٨٣)) (جمعية المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص٢٥/ م٧٤) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج١ ص٧٣) .

٣- عدم التناقض في الدعوى[١] :

كأن يسبق منه ما يناقض دعواه لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه[٢]، فقالوا: كل قولين متناقضين صدرا من المدعي عند الحاكم فإن أمكن التوفيق قُبل وإلا لم يقبل ، كما إذا صدر من الشهود ، وكل ما أثر في قدح الشهادة أثر في منع استماع الدعوى[٣] .

ومثال التناقض في الدعوى الجزائية : لو ادعى على شخص انفراده بالقتل ، ثم ادعى على آخر الشركة أو الانفراد في ذات الجريمة ، لم تسمع الثانية ؛ لأن الأولى تكذبها[٤] .

وقد وسع الشافعية من شرط منع التناقض ، فقالوا : بأن الفرع إذا ناقض أصله بما ادعاه فدعواه لا تسمع .

وقالوا : كل من كان فرعاً لغيره لم تسمع دعواه بما يكذب أصله .

فمنه : لو ثبت إقرار رجل بأنه من ولد العباس بن عبد المطلب ، ومات ، فادعى ولده أنه من نسل علي بن أبي طالب ، لم تسمع دعواه[٥] .

وقد جعلها الشافعية قاعدة عندهم ، مما يعني انطباقها على كل أنواع الدعاوى[٦] .

---

(١) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص١٩١، ١٩٢) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص٢٢٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٨٨) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١٠ص١٤٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٢ص٢٩٤) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص٢٢١) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٥٠٧) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص ١٧٩) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٦ص١٠٠) .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص٤١) .

(٤) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص١٦٥) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩ص٤٩) .

(٥) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص٥٠٧) (الرملي/ فتاوى الرملي/ ج٢ص٢٤٣) .

(٦) انظر : (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص٥٠٧) .

٤- أن لا تكون الدعوى مما سبق بها حكم حاكم[1] :

فإذا ثبت أن ذات القضية مرفوعة سابقاً أمام القضاء ، وقد صدر بها حكم من القاضي ، فلا يصح أن يرفع دعوى ثانية على ذات الأمر ، إلا أن يكون المدعي يطالب بنقض الحكم السابق وإعادة المحاكمة ، فهذا يبحث في الفصل الخامس عند الحديث عن إبرام الأحكام القضائية ونقضها .

وقد يكون مثله كذلك منع الاستماع للدعوى إذا كانت مرفوعة في ذات الوقت عند قاضٍ آخر ، وعلم القاضي الثاني بذلك ، فلا يستمع للدعوى ؛ كونها مرفوعة إلى جهة مختصة فيمتنع عليه الحكم فيها .

٥- أن تكون الدعوى في مجلس القضاء[2] :

لأن الدعوى خارجه قد لا يقصد منها إرادة المخاصمة .

واشتراط العلماء ذلك يفترض أن المدعي إذا أخبر القاضي بدعواه خارج مجلس العقد لا تسمع حتى يكون ذلك في مجلسه ، حتى وإن كان يقصد حقيقة المخاصمة ورفع الدعوى .

وفي زماننا الحاضر صار متعارفاً أن الدعوى لا بد أن ترفع في المحكمة ، ولا تقبل خارجها، وهو إجراء تنظيمي ؛ لأن الدعوى تسجل ، ولا يقبل تسجيل خارج المحكمة .

وذكر الفقهاء أنه يجوز تخصيص القاضي بمكان وزمان واختصاص وأشخاص، وعندها يمتنع تجاوز هذا الاختصاص ؛ لأنه خارج الاختصاص لا يكون قاضياً . فإذا

---

(١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٩١) .

(٢) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ص٢٩٠، ٢٩١) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٨ص١٥٣) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ ص٣٦٩) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٨٦) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٣٦) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٥٠٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص١٧٩) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ ص١٢٢) (المرتضى/ البحر الزخار/ ج٦ص١٣٢) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص٢٢٢) .

رفع دعوى مدنية أمام محكمة جزائية فلا يصح ، وكذا الدعوى الجزائية أمام قاض يحكم في الأحوال الشخصية .

ويقول الإمام زكريا الأنصاري :

« وأن تكون صادرة في محل عمل الحاكم »[1]؛ حتى تكون له ولاية فيها[2] .

٦- ألا تكون الدعوى في حق من حقوق الله تعالى[3] :

فإن كانت في حق من حقوقه سبحانه فلا تسمع الدعوى ؛ كالزنا وشرب الخمر .

وسآتي على بيان هذا الشرط في مبحث الادعاء الجزائي في حق الله الخالص والحق المشترك ؛ لكون الخلاف قد حصل بين العلماء فيه .

ولا يتوهم أنه لا سبيل إلى تحصيل حق الله تعالى ، بل هناك ما يسمى بشهادة الحسبة ، ولها تفصيل في المباحث القادمة ، وهي أقوى في تحصيل حق الله تعالى من الدعوى .

٧- شرط المصلحة فيما يدعيه المدعي :

وهذا يعني أن الذي يطالب به المدعي يشترط أن يكون مصلحة مشروعة ، وشرط المصلحة في الدعوى الجزائية يقتضي أمرين :

أ - أن يكون المدعى به مصلحة ، سواء أكانت مصلحة مادية أم معنوية ، ما دام أنها تفيد في حفظ الأركان الخمسة : الدين والعقل والنفس والنسل والمال .

ب - أن تكون هذه المصلحة محمية من قبل الشارع ، بأن يكون قد رتب جزاءً

---

(١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٩١) . حيث يقول : « وشرطها - أي الدعوى - أن تكون غير مناقضة لما قبلها ، وأن تكون جازمة ... وأن تكون صادرة في محل عمل الحاكم ، وأن تكون في غير حدود الله تعالى » .

(٢) (الدمياطي/ إعانة الطالبين/ ج٣ص٣١٨) .

(٣) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٩١) . وانظر تفصيل هذا الشرط في : المبحث الرابع .

مؤيداً لها[1] .

وهذا الشرط وإن لم يصرح الفقهاء بذكره ، إلا أنه مفهوم من نصوصهم . وسيأتي الحديث عن هذه النصوص في مبحث الادعاء الجزائي في حق الله الخالص والحقوق المشتركة .

٨- اشتراط عدم التقادم :

هذا الشرط من الشروط المختلف فيها . ولبيان آراء العلماء فيه أبدأ بما تم الاتفاق عليه:

أ - اتفقوا على أن حق الآدمي لا يشترط في تحصيله هذا الشرط ، وصاغوا قاعدة فقهية تنص على أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان[2] .

وورد في رسالة سيدنا عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه أن « الحق قديم لا يبطله شيء »[3] .

ب - اتفقوا على أن كل الحقوق لا يؤثر التقادم على الإقرار بها .

فلو أن مرتكب حد لله تعالى جاء يقرّ على نفسه بعد مدة طويلة من الزمن ، فإن التقادم لا يؤثر على إقراره ؛ لأنه لا شبهة في تقادم الزمن بحقه ، وإنما الشبهة إذا شهد غيره[4] .

---

(١) انظر : (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص٣٠٣) .

(٢) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ص٣٣٧) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٣٣٧) .

(٣) انظر : (سنن البيهقي الكبرى/ ج١٠ص١١٩، ١٥٠/ ح٢٠١٥٩، ٢٠٣٢٤) (سنن الدارقطني/ ج٤ ص٢٠٦/ ح١٥، ١٦) .

وقد ورد عن القاضي شريح قوله : « الحق جديد لا يبطله طول الترك » . انظر : (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٤ص ٥٥٣/ ح٢٣٠٧٣) .

وقد يعني أن القديم من الحق جديد ، فكما أن الجديد لا يبطل بالترك ، فكذلك الحق فإنه لا يبطل بالترك ، أو كأن الحق يتجدد فهو وإن كان قديماً ، إلا أنه يعامل كالجديد .

(٤) انظر : (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٤٢٠) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٣١٨) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٩٧) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٣ص١٨٧) .

ولم يخالف في هذا سوى الإمام زفر ، فقال : لا يقبل إقراره[١] .

ج - اتفقوا أن حق الديانة لا يبطله التقادم[٢] ، فإن الإثم يلحق بفاعل المنكر حتى ولو لحقه التقادم فأبطل الشهادة عليه .

أما الخلاف الذي حصل بين العلماء ، فكان في الدعوى أو الشهادة التي يشهد بها إنسان على آخر ، بما يوجب عقوبة ، ورفعت هذه الدعوى أو الشهادة بعد مرور زمن طويل على حصول الفعل .

وقد جاءت أقوال العلماء باتجاهين :

الفريق الأول : يرى هذا الفريق أن الدعوى والشهادة لا تسمع في حال تقادم الزمان إن تعلقت بحدود الله تعالى[٣] .

إلا إذا كان التأخير لعذر، كمرض أو بُعدِ مسافة أو سفر، فلا يكون التقادم مانعاً[٤].

وقالوا : إنه إذا كان الحد حد السرقة ، فيقضى بالمال لا بالحد ، وإن كان زنـاً فيقضى بالصداق لا بالحد كذلك؛ لأنها من حقوق العباد فلا يلحقها التقادم .[٥]

واستثنوا حد القذف ؛ لأن فيه حق العبد ، وفيه دفع العار عنه[٦] .

وهذا هو قول الحنفية وبعض الشافعية[٧] .

---

(١) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٣ص١٨٧) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٩٧) .

(٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٣١٩) .

(٣) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٣ص١٨٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٢١، ٢٢) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ص ١٠٣) (الشافعي/ الأم/ ج٧ص١٣٠) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٩٧، ١٧١، ١٧٦، ١٤٢) .

(٤) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٤٧) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ص١١٦/ ج٥ص٤٢٠) .

(٥) (الشافعي/ الأم/ ج٧ص١٣٠) .

(٦) انظر : (المرغيناني/ الهداية/ ج٢ص١٠٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٣٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ص٣١) (البابرتي/ العناية/ ج٥ص ٢٨٠) .

(٧) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٣١٩) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٣ص١٨٧) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٩٧، ١٧١، ١٧٦، ١٤٢) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ص٣١، ١١٦/ ج٣ص١٠/ ج٥ ص٤٢٠) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٥ص٢٧٨) (العبادي/ الجوهرة النيرة/ ج٢ص١٥٣، ١٥٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٢١، ٢٢) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ص١٠٣) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ص٣٣٨) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٤٧) .

ثم قرروا كذلك أن شاهد الحسبة إذا أخّر شهادته بلا عذر يفسق ولا تقبل شهادته[1] .

ومدة التقادم عند الحنفية إن كانت دعوى في الحدود خمس عشرة سنة[2] ، وشأنها في ذلك شأن دعوى الحقوق الخالصة للآدمي ، وتعتبر فيها السنة القمرية العربية وليست السنة الشمسية[3] .

أما إن كانت شهادةً في حق الله الخالص كشرب الخمر والزنى بالرضا ، فمدة التقادم فيه تختلف بحسب الجرم ، فإن لم يكن شرب خمر ، فرأي الحنفية في مدته على قولين :

الأول : ستة أشهر[4] .

الثاني : أنه شهر واحد . وهو الراجح عند الحنفية[5] .

وهذا مع الأخذ بعين الاعتبار الشروط الواجب توافرها ليعمل التقادم عمله .

أما إن كان شرب خمر ، فاختلفوا في مدة التقادم فيه على قولين كذلك :

فيرى أبو حنيفة وأبو يوسف[6] : أن الحد هو بزوال الرائحة .

---

(١) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ص٤٢٥) .

(٢) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ص٣٣٧) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٣١٩) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٤١٩) .

(٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٢٩٧) .

(٤) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٥ص٢٨٢) .

(٥) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ص٤٣) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٣ص١٨٧) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٥ص٢٨٢) .

(٦) أبو يوسف : يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن حبيش بن سعد بن بجير بن معاوية الأنصاري الكوفي ، وسعد بن بجير له صحبة . ولد أبو يوسف سنة ١١٣هـ ، صحب أبا حنيفة سبعة عشر عاماً ، ثم أصبح قاضي القضاة ووزير الرشيد ، وزميله في حجه ، توفي ١٨٢هـ . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٨ ص٥٣٥) .

وعند محمد بن الحسن[1] : أن الحد إنما هو بمضي مدة الشهر ، كما في بقية الحدود[2].

وقال الإمام محمد مستدلاً لرأيه : إن التأخير يتحقق بمضي الزمن ، والرائحة قد تكون من غيره ، كما قال الشاعر :

يقولون لي أنكه شربت مدامة[3] ∴ فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا[4]

أما أبو حنيفة وأبو يوسف فيُستدل لهما بقول ابن مسعود فيمن شرب الخمر : « تلتلوه[5] ومزمزوه[6] ، ثم استنكهوه ، فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه »[7].

وعن عمر رضي الله عنه أنه أتي برجل قد شرب الخمر بعدما ذهبت رائحتها واعترف به، فقرره ولم يحده[8] .

وقالوا : إن مقام الأثر من أقوى دلائله على الشرب ، فيقدر به بخلاف غيره

---

(١) محمد بن الحسن : أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني ، مولى لبني شيبان ، حضر مجلس أبي حنيفة سنين ، ثم تفقه على أبي يوسف ، وصنف الكتب الكثيرة ، ونشر علم أبي حنيفة ، قال الشافعي : حملت من علم محمد بن الحسن وقر بعير . مات بالريّ سنة ١٨٧هـ هو والكسائي ، فقال الرشيد : دفنت الفقه والعربية بالري .
(الشيرازي/ طبقات الفقهاء/ ص١٤٢) .

(٢) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٥ص٢٨٢) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ص٤٣) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٣ ص١٨٨، ١٩٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٣٠) .

(٣) المدامة : الخمر ، لإدامتها في الدن زماناً حتى سكنت بعدما فارت . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ص٢١٤) .

(٤) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٣ص١٩٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٣٠) .

(٥) تلتلوه : وروي ترتروه ، ومعنى الكلمتين : التحريك ، أي حركوه ليستنكه هل يوجد منه ريح الخمر أم لا . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٤ص٩١) .

(٦) مزمزوه : أن يحرك تحريكاً عنيفاً لعله يفيق من سكره ويصحو وليعلم شربها أم لا . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٥ص٤١٠) .

(٧) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٣ص١٩٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٣٠) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ ص٤٣) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٥ص٢٨٢) .

(٨) المراجع السابقة .

من الحدود لعدم الأثـر فيهـا ، فيتعـذر اعتبـاره ، والرائحـة يـشترط وجودهـــا عنـد التحمل حتى لو أخذوه وريحها يوجد فيه ، ثم انقطعت قبل أن ينتهـوا بـه إلى الإمـام لبعد مسافة ، فإن الحد يجب [1] .

وقرروا كذلك أنه لا يقبل إقراره واعترافه وهو سـكران ، للأثـر المـروي عـن عمر رضي الله عنه .

ومذهب الحنفية هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أنهم صححوا قول محمـدٍ من جهة المعنى، وقالوا : «الحاصل أن المذهب قول أبي حنيفة وأبي يوسـف ، ألا أن قول محمد أرجح من جهة المعنى» [2] .

أما شروط إعمال التقادم فعديدة ومنها :

١- أن يتم ترك الدعوى أو الشهادة مدة التقادم[3] ؛ فلو ادعى في أثنـاء المـدة لا يمنع ، بل تسمع دعواه ثانياً ما لم يكن بين الأولى والثانية هذه المدة[4] .

وخالف في ذلك بعض الحنفية فقالوا : «بل يكفي رفعها مرة واحـدة ، فـإن لم يفصل القاضي الدعوى ، ومضت المدة المزبورة[5] تـسمع ؛ لأنـه صـدق عليـه أنـه لم يتركها عند القاضي»[6] .

٢- واشترطوا لها أن تكون في مجلس القضاء ، فلو ادعى مراراً خارج القضاء، ثم رفع بعد مدة التقادم ، لا تسمع دعواه[7] .

أما أدلة هذا الفريق على قوله فأجملها فيما يلي :

١- بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : « أيما قـوم شـهدوا

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ج٥ص٢٨، ٣٠) .

(٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ج٥ص٤٢١) .

(٤) المرجع السابق .

(٥) المزبورة : المكتوبة . (ابن منظور/لسان العرب/ج٤ص٣١٥) .

(٦) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٤٢١) .

(٧) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ج٥ص٤٢١) .

على حدٍّ لم يشهدوا عند حضرة ذلك، فإنما شهدوا على ضغن ، فلا شهادة لهم »[1].

وقالوا : المراد الحدود التي هي محض حق الله تعالى ، والشهادة عليها بطريق الحسبة من غير أن تنبني على خصومة في الحد ، كالزنا والسرقة وشرب الخمر ، وأما حد القذف فالشهادة عليه تنبني على الدعوى والخصومة في الحد ، فلا يمتنع قبولها بتقادم العهد[2] .

٢- واستدل الحنفية بالأثر السابق على الإجماع ؛ لعدم المنكر[3] .

٣- واستدلوا بالمعقول كذلك ، ووجهه أن التأخير والحالة هذه يورث تهمة ، ولا شهادة للتهمة على لسان رسول الله ﷺ . وقالوا : إن الشاهد إذا عاين الجريمة فهو مخير بين أداء الشهادة حسبة لله تعالى؛ لقوله عز وجل : ﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ﴾[4] وبين التستر على أخيه المسلم ؛ لقوله ﷺ : « من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه في الآخرة »[5]، فلما لم يشهد على فور المعاينة حتى تقادم العهد ، دل ذلك على اختياره جهة الستر ، فإذا شهد بعد ذلك دل على أن الضغينة حملته على هذه الشهادة فلا تقبل .[6] .

الفريق الثاني : يرى هذا الفريق أن التقادم لا يؤثر في الادعاء أو الشهادة في

---

(١) (الشافعي/ الأم/ ج٧ص١٣٠) (سنن البيهقي الكبرى/ ج١٠ص١٥٩/ ح٢٠٣٨٤، وقال : فيه انقطاع) (مصنف عبد الرزاق/ ج٧ص٤٣٢/ ح١٣٧٦٠) .

(٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص١٣٩) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٤٦) .

(٣) المرجعين السابقين .

(٤) (سورة الطلاق ، آية رقم ٢) .

(٥) (مسلم/ الذكر والدعاء/ باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر/ ح٢٦٩٩) (أبو داود/ الأدب/ باب باب في المعونة للمسلم/ ح٤٩٤٦) (ابن ماجه/ المقدمة/ باب فضل العلماء والحث على طلب العلم/ ح٢٢٥) (الترمذي/ البر والصلة/ باب ما جاء في السترة على المسلم/ ح١٩٣٠) (أحمد/ عن أبي هريرة/ ح ٧٣٧٩) .

(٦) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٤٦) .

حدود الله تعالى . وهو قول الجمهور من مالكية وشافعية وحنابلة وزيدية ، وهو قول ابن أبي ليلى[(١) (٢)] .

فقال المالكية : لا يسقط الحد بالتوبة ولا بصلاح الحال ولا بطول الزمان[(٣)] .

وقال الشافعية : لا يشترط في الشهادة قرب عهد الزنا ، بل تقبل الشهادة به وإن تطاول الزمان[(٤)] .

وقال الحنابلة : تقبل الشهادة بحد قديم على الصحيح ؛ لأنها شهادة بحق ، فجازت مع تقادم الزمان[(٥)] .

واستدلوا على هذا القول بما يلي :

١- بعموم الآيات التي توجب الحدود ، وقالوا : إنه حق يثبت على الفور ، ويثبت بالبينة بعد تطاول الزمان كسائر الحقوق[(٦)] .

وأما ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فقالوا : إنه مرسل ، ومرسل غير قوي .

٢- أن التأخير عن الشهادة بالحد يجوز أن يكون لعذر أو غيبة ، والحد لا

---

(١) ابن أبي ليلى : أبو عيسى عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري الكوفي ، وقيل : أبو محمد ، ولد في خلافة الصديق ، وقيل في خلافة عمر . استعمله الحجاج على القضاء ثم عزله وضربه ليسب أبا تراب رضي الله عنه ، كان يعلم القرآن ، وله في بيته مصاحف ، فما يتفرق الدارسون عنه إلا لطعام ، توفي سنة ٨٢هـ . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٤ص٢٦٢) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٣٢) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٤٢٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٢٤٧) (الشافعي/ الأم/ ج٧ص١٣٠) (البهوتي/ شرح منتهى الإرادات/ ج٣ ص٥٧٧) (ابن مفلح/ الآداب الشرعية/ ج١ص٢٥٨) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٥٩٤) (المرتضى/ البحر الزخار/ ج٦ص ١٩٢، ١٥٩/ ج٤ص٢١١) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص٧٠) .

(٣) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٤٢٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٢٤٧) .

(٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٣٢) .

(٥) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٥٩٤) .

(٦) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص٧٠) .

يسقط بمطلق الاحتمال ، فإنه لو سقط بكل احتمال لم يجب الحد أصلاً[1] .

٣- إن الشهادة إنما صارت حجة باعتبار وصف الصدق ، وتقادم العهد لا يخل بالصدق ، فلا يخرج من أن يكون حجة كالإقرار وحقوق العباد[2] .

خلاصة القول حول هذا الشرط :

إن موضع الخلاف في هذه المسألة هو حالة التقادم التي تعتري شهادة الحسبة أو الادعاء في حقوق الله الخالصة أو الحقوق المشتركة التي ليس لها ولي من الآدميين. وما عدا ذلك من الجزائيات فالاتفاق حاصل بين الفريقين فيه . فالادعاء في حقوق العباد لا يمنعه التقادم ، والإقرار لا يبطله التقادم في جميع الحقوق .

والصورة المختلف فيها في الشهادة أن يتأخر الشاهد مدة التقادم بلا مبرر وبدون عذر حتى يخرج الوقت ثم يأتي ليشهد بعد ذلك ؛ كأن يطلع على شرب خمر فعله فلان من الناس أو حادثة زنى ثم لم يشهد ، وبعد مرور وقت كان يكفيه أن يأتي للحاكم ولكنه لم يفعل حينها، ثم جاء ليشهد بالحد أمام القاضي،فما هو الدافع وراء شهادته في هذا الوقت بالذات ؟

فهو إما أنه جاء ليشهد حفاظاً على حق الله أو لحظٍ في نفسه ؛ فلو أنه جاء ليشهد لحق الله لكان السؤال الموجه إليه : ولماذا حصل التأخير ؟ فلو كان مقصده حق الله لبادر للشهادة على الفور ، فبقي أنه فعلها لحظ نفسه ، ومثل هذه الشهادة لا تقبل .

ويؤيد ذلك قول عمر رضي الله عنه ، ويؤيده أيضاً أن الأصل أن جانب شاهد الحسبة قوي ؛ لأن حظ النفس عنده ضعيف إن لم يكن منعدماً ، ولأجل ذلك اعتبرت منه الشهادة .

أما في هذه الحالة فقد صار حظ نفس الشاهد قوياً ، فلا تعتبر شهادة الحسبة

---

(١) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص٧٠) .

(٢) المرجع السابق .

منه لقوة الشبهة في قوله ، وحقوق الله تعالى لا تقام مع الشبهة ، أما إن ادعى بحق الله تعالى وجاء على دعواه بالعدد اللازم من الشهود ، فعندها تقبل دعواه مهما طال الزمان ؛ لأن إخبار المدعي لا تؤثر الشبهة في قبوله ، بخلاف الشهادة . أما منع الحنفية لسماع الدعوى بعد مرور وقت معين فهو بناءً على تقييد ولي الأمر ، فإن كان تعليلهم ذلك في الأموال الحفاظَ على استقرار التعاملات بين الناس ، فإن استقرارها في الجزائيات إنما هو بتحصيلها لا بإسقاطها .

ثانياً : شروط أطراف الدعوى الجزائية :

اشترط العلماء والفقهاء في أطراف الدعوى الجزائية عدة شروط ، وهي كما يلي :

١- التكليف ، ويقصد به البلوغ والعقل :

ويختلف الحكم إن كان مجنوناً عنه لو كان صبياً ، على التفصيل الآتي :

فإن كان مجنوناً فقد منع الفقهاء أن يكون المجنون طرفاً في الدعوى الجزائية من حيث الأصل ، إلا أنهم اختلفوا في تفصيلات ادعاء المجنون والادعاء عليه .

ومما اتفقوا عليه أن لا يكون المدعى عليه مجنوناً . فاشترطوا في المدعى عليه أن يكون عاقلاً باتفاق الفقهاء[١] .

أما في حالة أن يكون مدعياً ، فالجمهور على منعه أيضاً ، أي اشترطوا العقل في الادعاء[٢] .

---

(١) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص٢٢٢) (منلاخسرو/ درر الحكام/ ج٢ص٣٣٠) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص ٣٧١/ ج١٠ص١٤٢) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣٨٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٩٦) (الهيتمي/ تحفة المحتاج / ج٩ص٤٩) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٧ص٣٨٨) (الصاوي/ حاشية الصاوي/ ج٤ص٢٨٦) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص١٦٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص١٧٩) .

(٢) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص٢٢٢) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ص٤٧) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص٣٧١) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣٨٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٩٦) (الهيتمي/ تحفة المحتاج / ج٩ص٤٩) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٧ص٣٨٨) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٣١٠) .

وخالف المالكية ، فلم يشترطوا في المدعي أن يكون رشيداً أو بالغاً [1]. والرشيد ضد السفيه ، ولم يفرقوا بين الدعوى الجزائية والدعوى المدنية ، إلا أن أصولهم تقتضي منع سماع الدعوى في الجزائيات من المجنون .

أما غير المميز ، فلا تصح منه الدعوى ، سواء أكان مدعياً أم كان مدعىً عليه، باتفاق العلماء بما فيهم المالكية[2] . وهذا شامل لكل أنواع الدعاوى .

أما الصبي المميز ، فالجمهور على أنه لا يصح رفع الدعوى لا منه ولا عليه[3]، من حيث الأصل ، وأجاز الحنفية سماع الدعوى عليه[4]، دون سماعها منه.

وأجاز المالكية سماع الدعوى منه[5] ، دون سماعها عليه .

وأجاز الشافعية [6] و الحنابلة[7]. في حالة واحدة أن يكون الصبي أو المجنون مدعىً عليه ، وهي ما إذا كان للمدعي بينة ثابتة ، فتقبل دعواه عليهما ، فقال الحنابلة :

---

(١) (الصاوي/حاشية الصاوي/ج٤ص٢٨٦) .

(٢) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٦ص٢٢٢) (المرداوي/الإنصاف/ج١١ص٣٧١) (البهوتي/كشاف القناع/ج٦ ص٣٨٤) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٩٦) (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج٩ ص٤٩) (الحموي/غمز عيون البصائر/ج٣ص٣١٢) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج٤ص٢) (علي حيدر/درر الحكام/ج٢ص٣٣٠، ٦٩١/ج٤ ص١٧٩/ م٩٧٢، ١٦١٦) . (الصاوي/حاشية الصاوي/ ج٤ص٢٨٦)

(٣) (المرداوي/الإنصاف/ج١١ص٣٧١) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص٩٦) (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج٩ص ٤٩) (الرملي/نهاية المحتاج/ج٧ص٣٨٨) (الخطيب الشربيني/مغني المحتاج/ج٦ ص٣١٠) (البهوتي/كشاف القناع/ج٦ص ٣٨٤) .

(٤) (الحموي/غمز عيون البصائر/ج٣ص٣١٤) (البلخي/الفتاوى الهندية/ج٤ص٢) (علي حيدر/درر الحكام/ج٢ ص٣٣٠، ٦٩١/ج٤ص١٧٩/ م٦٩١، ٩٧٢) .

(٥) (الصاوي/حاشية الصاوي/ج٤ص٢٨٦) .

(٦) (قليوبي وعميرة/حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص٣٠٩) (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج٥ص٣٥٤/ ج١٠ ص١٦٤) .

(٧) (المرداوي/الإنصاف/ج١١ص٢٩٨) .

« وإن ادعى على غائب أو مستتر في البلد أو ميت أو صبي أو مجنون وله بينة، سمعها الحاكم وحكم بها ، وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب ، وليس تقدم الإنكار هنا شرطاً ، ولو فرض إقراره فهو مقر به لثبوته بالبينة . قال في الترغيب وغيره : لا تفتقر البينة إلى جحود »[1] .

وهم بذلك يفرقون بين الدعوى الثابتة بالبينة القاطعة والدعوى التي تفتقر إلى ذلك .

فهم يرون أن البينة الثابتة لا تحتاج إلى تحليف المدعى عليه وأخذ أقواله وحجته ، ولو كانت تحتاج لما سمحوا بذلك ؛ لأنها لا تقبل من الصبي والمجنون ، فهما كالغائب الذي لا يفهم قوله ولا يقبل ، فلما كانت البينة الثابتة لا تحتاج إلى أي جهد من المدعى عليه لكونها ثابتة ، كانت كافية ، وتغني عن قولهما وتسد مكانه ، ولذلك قالوا : إنه كالمقر على نفسه لوجود البينة.

وأوجبوا على المدعي في هذه الحالة أن يحلف يميناً يسمونها يمين استظهار ، وهي يمين مقوية لبينته ، ولا ينقضي الحكم بدونها ، فيحلف أنه صادق في دعواه[2] .

٢- أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه معلوماً معيناً[3] :

فلو قال المدعي : لي على أحد من أهل القرية الفلانية أو على ناس من أهلها حق بدون تعيين المدعى عليه ، لا تصح دعواه ، ويلزم عليه تعيين المدعى عليه .

ذلك أن فائدة الدعوى الإلزام والحكم فيما إذا ثبتت الدعوى بأحد أسباب الحكم ، والحال إذا كان المدعى عليه مجهولاً فلا يتحقق الإشهاد والإلزام[4] .

---

(١) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص٢٩٨) .

(٢) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٣١٠) .

(٣) (ابن قدامة/ المغني/ ج٨ص٣٨٣) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ص٥٢٥) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج١٠ ص٣٨٧) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٩٦) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩ص٤٨) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص١٧٩) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٥ص٣٧٨) .

(٤) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص١٨١/ م١٦١٧) .

وضربوا مثالاً كذلك فقالوا : لو ادعى ولي القتيل على خمسة أشخاص قائلاً أن اثنين من هؤلاء قد أطلقا بندقية وأصابت إحدى الرصاصات مورثي ، وقد قتل من نتيجة ذلك ، إلا أنني أجهل من منهما أطلق الرصاص ، وأجهل رصاصة من التي أصابت المقتول ، فلا تسمع دعواه وشهوده على ذلك[1] .

إلا أن بعض الحنابلة استثنى من هذا الشرط القتل ، فلو أنه قال : يحتمل من قتل أبي أحد هؤلاء الخمسة ، أنه يسمع للحاجة ، لوقوعه كثيراً[2] . إلا أن المذهب هو اشتراط العلم والتعيين .

ولا يلزمه لتحقيق هذا الشرط أن يكون عالماً باسم المدعى عليه ، فلذلك لا تبطل بجهله باسم المدعى عليه[3] ، فلو عرفه بأوصافه أو بالشهود لجهله بالاسم صحت دعواه .

وقد تكون الدعوى على أكثر من واحد ، وقد تكون على عشرة أشخاص ، وربما تكون على عموم أهل القرية ، أو عموم أهل المدينة ، إذا اشتركوا في جرم في حالات معينة[4] .

٣- أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ملتزماً[5] :

ومعنى ذلك : أن يكون ملتزماً بأحكام الشريعة ، وهذا ينطبق على المسلم وعلى الذمي وعلى المستأمن .

يقول في مغني المحتاج : « أن يكون مكلفاً ملتزماً للأحكام » [6] .

---

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص١٨١/ م١٦١٧) .

(٢) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ص٤٦١) .

(٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص١٨١/ م١٦١٦) .

(٤) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص١٨١/ م١٦١٦/ وأحال للمادة ١٦٤٤) .

(٥) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٩١) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص٢٩٣) .

(٦) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٣١٠) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١٠ص٢٩١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٩١) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩ص٤٩) .

ويقول في نهاية المحتاج : « والمعاهد والذمي ملتزمان ببعض الأحكام »[(١)].

وبذا لا يشترط أن يكون مسلماً ، وإنما ملتزماً بأحكام الإسلام .

٤- أن يكون المدعى عليه حاضراً[(٢)] :

وحضوره بنفسه أو وكيله أو وليه أو وصيه أو المتولي .

وهذا الشرط عند بعض العلماء دون البعض الآخر ، وسيكون موضع بحثه في مبحث المدعى عليه القادم إن شاء الله تعالى .

هذه جملة الشروط التي اشترطها الفقهاء في طرفي الدعوى ، وقد تركت بعضاً منها ؛ لأنه لا يدخل في باب الدعوى الجزائية[(٣)] .

أما اشتراط العقل والبلوغ في الدعوى فهو منطبق على الدعوى الجزائية ، وبشكل أكثر فعالية ، فالصحيح أنه لا تقبل دعوى المجنون والصبي في الأمور الجزائية ولا الدعوى عليه ؛ « فإن أفعال الصبي والمجنون مهملة »[(٤)].

فإن كان كلام الصبي والمجنون لا يقبل فيما لا تبعة فيه ، فكيف يقبل فيما فيه تبعة قد تصل إلى الرجم أو السجن أو الجلد .

أما إن كانت الدعوى من طرف وليهما أو وصيهما أو وكيلهما فيجوز ، والقاعدة تقول: « كل فعل يمكن الصبي فعله فلا يفعله الولي عنه »[(٥)].

وكل فعل لا يمكن الصبي فعله ، فللولي أو الوصي فعله .

أما استثناء الشافعية والحنابلة حالة امتلاك المدعي بينة قاطعة ثابتة على الصبي

---

(١) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٧ص٣٨٨) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩ص٤٩) .

(٢) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ ص٢٢٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص١٧٩، ١٨٢) .

(٣) ومنها أن يكون المدعى عليه منكراً ، وهذا عند الشافعية ، وقالوا : لا تقبل الدعوى إن كان مقراً ، وهذا لا يتصور في الجزائية ، فلو ادعى إنسان على آخر بالسرقة ، فأقر السارق ، فإن الدعوى تسمع والسارق يقطع .

انظر هذا الشرط : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٣١٦، ٣٩١) .

(٤) (ابن الشاط/ إدرار الشروق/ ج ص١٢٦) .

(٥) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٢ص٤٨٢) .

أو المجنون، فلم يوضحوا منع ذلك حال كونه مدعياً ، وإلا فالعلة واحدة ، فإن امتلك بينة ثابتة فإنه لا يحتاج إلى كلام أو تصرف من الصغير أو المجنون ، وتكون دلالتها على صدق دعواه قاطعة .

أما في الدعوى الجزائية فلا تقبل دعواه ولا الدعوى عليه ، وإنما يفعله عنهما من يقوم مقامهما ، وهذا يحفظ لهما حقهما سواء أكانا طالبين أم مطلوبين ، فحفظ الحقوق مقرر ، لكن طريقه بغير ادعاء الصغير والمجنون أو الادعاء عليهما .

ثم لا بد من مراعاة كون الحق لله تعالى أو حقاً مشتركاً ، فإن حقوق الله تعالى تدرأ بالشبهة ، ولا شبهة أكبر من كلام المجنون والصبي .

٥- شرط الصفـــة :

«وهو يعني أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ذا شأن في القضية التي أثيرت حولها الدعوى ، وليس المقصود أي شأن ، وإلا فإن كل فرد في الأمة له شأن في كل قضية من قضاياها ، وخصوصاً في مثل مجتمع الدولة الإسلامية ، حيث المسلمون كالبنيان يشد بعضه بعضاً ، وإنما المقصود شأن يعترف به المشرع ، ويراه كافياً لتخويل المدعي حق الادعاء ، ولتكليف المدعى عليه بالجواب والمخاصمة»[1] .

وهذا الشرط وإن لم ينص عليه الفقهاء بهذه الصورة ، إلا أنه مفهوم من نصوصهم وأقوالهم ، وسيأتي بيان المقصود بهذا الشرط عند الحديث عن الادعاء الجزائي في حق الله الخالص والحق المشترك ، حيث إن للدعوى الجزائية ما يميزها في هذا الجانب عن غيرها .

(١) (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص٢٧٨) .

المبحث الثالث

أطراف الدعوى الجزائية

للدعوى الجزائية طرفان ، وهما المدعي والمدعى عليه ، ومن الضرورة بمكان الاطلاع على كيفية تمييز العلماء بين الطرفين ، وذلك لاختلاف أحكام كل واحد منهما عن الآخر ، حتى إذا تميزا كان الحديث عن المدعى عليه جزائياً ، وذلك لمعرفة مدى سريان النصوص الجزائية على الأشخاص ، ولمعرفة جواز رفع الدعوى والحكم على الغائب في الجزائيات .

وقد جاء هذا المبحث مقسماً إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : التفريق بين المدعي والمدعى عليه .

المطلب الثاني : المدعى عليه جزائياً .

المطلب الثالث : التوكيل بالخصومة .

المطلب الأول

التفريق بين المدعي والمدعى عليه

يُعرّف علماء الشريعة المدعي والمدعى عليه تعريفات متعددة ، ومقصدهم من هذه التعريفات في الأساس هو توضيح الفارق بين المدعي والمدعى عليه .

ذلك أن معرفة الفرق بينهما من أهم ما تبنى عليه مسائل الدعوى[1]. بل إن من العلماء من جعل علم القضاء دائراً على معرفة المدعي من المدعى عليه[2] .

واستدلوا على ضرورة معرفتهما بقول رسول الله ﷺ : « البينة على المدعي ،

---

(١) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٥ص١٤٠) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩٣) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٤٠) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص٥٣) .

واليمين على من أنكر »[1]؛ فقالوا : لا بد من معرفتهما[2] ؛ لأن الحديث نص على المغايرة بينهما[3] ، وهذا يقتضي معرفة ما يميز كل منهما عن الآخر .

ويذكر أن القاضي شريح[4] كان يقول : وليت القضاء وعندي أني لا أعجز عن معرفة ما يتخاصم إليّ فيه ، فأول ما ارتفع إليّ خصمان أشكل عليّ من أمرهما من المدعي ومن المدعى عليه .

ويعلّق ابن فَرحون على ذلك بقوله : « وبهذه الوجوه وما أشبهها صعب علم القضاء ودق »[5].

والفائدة من تمييز المدعي عن المدعى عليه تظهر في أن لكل واحد منهما طريقاً خاصاً بإثبات ما يدافع عنه ، فإن الشارع جعل عبء إثبات الدعوى بالبينة على المدعي ، وعبء دفعها باليمين على المدعى عليه ، وهذا الدفع في حقيقة أمره إثبات لما يدافع عنه ويكافح عنه المدعى عليه ، فكلا الطرفين يثبت ببينته شيئاً ، وعلى كل واحد منهما عبء في إثبات ما يقوله.

والعبء الأول أثقل من العبء الثاني، فلو أخطأ القاضي في التمييز بينهما لحل المطلوب بالعبء الأخف وهو المدعى عليه بعبء أثقل مما جعله عليه الشارع ، فيكون ظلماً كبيراً ؛ لأنه حكم بما لم يأمر به الله[6] .

وقد اختلف الفقهاء في كيفية ضبط الفارق بينهما ، وهم متفقون في الوقت نفسه على ما يلزم كل واحد منهما .

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص٢٣١ .

(٢) (البابرتي/ العناية / ج٨ص١٥٣) .

(٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٧ص٢٩) .

(٤) القاضي شريح : هو أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم ، ويقال : شريح بن شراحيل ، ويقال : له صحبة ولم يصح ، بل هو ممن أسلم في حياة النبي ﷺ ، ولاه عمر قضاء الكوفة ، ويقال له قاضي المصرين ؛ لأنه قضى بالبصرة والكوفة . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٤ص١٠٠) .

(٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٤٢) .

(٦) (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص١٧٦) .

فعلى المدعي البينة إذا أنكر المدعى عليه ، وأنَّ على المدعى عليه اليمين إذا لم تقم البينة[1].

وقبل البدء بذكر أقوال العلماء في التفريق بينهما ، لا بد من الإشارة إلى أن تفريقهم يشمل الدعوى الجزائية والدعوى المدنية ، إلا أنهم كانوا أقرب إلى الدعوى المدنية في التمييز، وهذا ملحوظ في كيفية تفريقهم بينهما ، وواضح من الأمثلة المطروحة في توضيح كل فرق من الفروق .

وسيكون الاقتصار في الرد على ما له علاقة بالدعوى الجزائية دون غيرها .

وفيما يأتي بعض تعريفات العلماء لكل من المدعي والمدعى عليه ، ومن خلالها يتضح الفرق بينهما :

١- أن المدعي من إذا سكت تُرك ، والمدعى عليه من إذا سكت لم يترك .

وعبّر عنها البعض بقوله : « المدعي من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب يجبر عليه »[2].

وقيد البعض هذا الفرق بإمكانية صدق المدعي ، فقال : « المدعي من إذا سكت ترك مع إمكان صدقه »[3].

وهذا التفريق بين أطراف الدعوى ربما يورث إشكالاً في كلمة الترك ؛ فإن كان المقصود منها ترك الدعوى ، فيكون تفريقهم صحيحاً على أساس أن المدعي إذا ترك الادعاء فإنه لا يلزم بمتابعة دعواه .

---

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٤٢) (القرافي/ الفروق/ ج٤ص٧٥) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٤١) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص٢٢٤) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ ص٣٨٤) (البابرتي/ العناية/ ج٨ص١٥٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٥٤٢) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص٣٦٩) .

وذكر صاحب الإنصاف أنه مذهب الحنابلة وعليه جماهير الأصحاب ، ونسبه جزماً للهداية المذهب والخلاصة والمحرر والنظم والوجيز ، وقدمه المغني والشرح والرعايتين والحاوي والفروع .

(٣) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص٣٧٠) .

وهذا ما حاول البعض التصريح به فقالوا : المدعي من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها .

إلا أن هذا الترك لا يمنع القاضي من متابعة الخصومة في بعض الصور والحالات ؛ ذلك أن حق الله تعالى يبقى محفوظاً من الإسقاط ، حتى لو ترك المدعي الخصومة ، فهو وإن لم يجبر - عندها - على متابعة الخصومة ، إلا أن الخصومة لا تنتهي بسكوته ، كما حصل مع صفوان بن أمية ، فإنه لما رفع سارق ردائه إلى النبي ﷺ ، أمر النبي ﷺ بقطعه ، فلما أراد صفوان رضي الله عنه ترك المخاصمة وأظهر ذلك بأن وهب السارق الرداء ، أجاب المصطفى ﷺ بقوله : « هلاّ كان قبل أن تأتيني ، أيّما حدٌّ بلغني فقد وجب »[1].

أما إذا كان المقصود من الترك ترك المدعي مطلقاً ، فهذا يرد عليه اعتراض آخر ، وهو أن إطلاق الترك لا يستقيم مع بعض حالات الدعوى الجزائية ، فإن المدعي لو سكت بعد أن ادعى ، لم يكن ليترك بعد أن ادعى ما ادعاه .

ومثاله الزنى ؛ فلو ادعى على أحد بالزنا ، ثم ترك دعواه ، وجب عليه حد القذف ، وهذا فيه مخالفة لإطلاق الترك .

ومثله السرقة وغيرها من الجرائم ، فإن المدعي فيها ربما يعزر ؛ لأنه يكون قد أضرّ بالآخرين وسبب لهم إزعاجاً نفسياً ومادياً كذلك .

وقد تنبه لهذا المعنى بعض الحنابلة[2] ، فقال : « قولهم : المدعي من إذا سكت ترك ، ينبغي أن يقيد ذلك : إن لم تتضمن دعواه شيئاً إن لم يثبت لزمه حد أو تعزير ، كمن ادعى على إنسان أنه زنى بابنته أو أنه سرق له شيئاً ، وأنه قاذف في الأولى وثالب لعرضه في الثانية ، فإن لم يثبت دعواه ، لزمه القذف في الأولى والتعزير في الثانية »[3].

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص٦٤ .

(٢) صاحب هذا الرأي هو ابن نصر الله في حواشي الفروع . انظر : (المرداوي/الإنصاف/ج١١ص٣٧٠) .

(٣) (المرداوي/الإنصاف/ج١١ص٣٧٠) .

وقد حاول بعض الحنابلة الرد على هذا الملمح الدقيق فقالوا : إنه متروك من حيث الدعوى مطلوب بما تضمنته ، فهو متروك مطابقة مطلوب تضمناً[١] .

وهذا الرد يؤكد أن المقصود من الترك خاص بالدعوى وليس مطلق الترك ؛ فلو كان مطلق الترك هو المقصود لكان الاعتراض في محله ؛ لأنه لو كان تقييد الترك بالمطابقة أو التضمن لازماً للزم ذكر أحدهما في التفريق .

وأن المدعي على غيره بالزنا لو أراد الاحتجاج بتفريق هذا الفريق بينه وبين المدعى عليه وطالب بتركه لصح احتجاجه ؛ لأن اللفظ عام يدخل فيه كل ما يفيد الترك . والمؤاخذة تعارض الترك .

ولذا كانت العبارة التي نصت على ترك الخصومة أصوب وأكثر دقةً .

٢- المدعي هو الطالب ، والدافع المنكر هو المطلوب ، أي المدعى عليه[٢] .

ومما يؤخذ على هذا التفريق : أنه وصف المدعى عليه بالدافع المنكر ، وقد درج على هذا التعبير كثير ممن عرَّفوا المدعى عليه .

وهذا لا يصلح معياراً لتمييز المدعى عليه ؛ ذلك أن الحاجة للتمييز بين أطراف الدعوى مرتبط ببداية الدعوى ، ولكن صفة الإنكار والدفع قد لا تظهر من بداية رفع الدعوى ، وقد لا يحصل الإنكار أصلاً ، أو قد يحصل الإنكار في جزء ولا يحصل في جزء مما ادعى به ، ولذلك لزم معرفة المدعى عليه قبل أن ينكر ، فالمدعى عليه يسمى كذلك حتى قبل أن يظهر رأيه بإنكار أو إقرار .

وهذا يصلح ضابطاً لأغلب حالات الإدعاء لا كلها، والأصل أن يعم الضابط كل حالات وصور الإدعاء . ولذا لو جاء إلى القاضي من يطالب بحق الله تعالى أو حق مشترك وكان يدعي ما يخالف الأصل والظاهر فهو مدعٍ ، والذي حدده جهة مطلوبة هو المدعى عليه ، سواء أنكر أم أقر ، فإنه بمجرد وجود المدعي يوجد المدعى

---

(١) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص٣٧١) .

(٢) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٤٠) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص٣٧٠) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣٨٤) (ابن الشاط/ إدرار الشروق/ ج٤ص١١٨) .

عليه .

وحتى لو كان في ذات الجلسة وادعى أحدهما على الآخر ، فالطالب هو المدعي ، والذي حدده مطلوباً هو المدعى عليه قبل أن يعلم إنكاره أو إقراره .

ثم إن المدعى عليه من أركان الدعوى ، فإن قيدنا معرفته بحصول الإنكار ، وجاء المدعي وادعى وعلمنا أنه المدعي ، ولم نعلم إنكار المطلوب أو عدم إنكاره ، وسمينا فعل المدعي دعوى ، فكأننا نقول : إن الدعوى قامت وليس ثمة مدعى عليه، وهذا لا يصح لأنه ركن عند الجمهور ، ولذا لا يمكن قبول هذا الضابط إلا في حالة واحد وهي أن يكون الإنكار هنا مفترضاً لا واقعاً ، بمعنى أن يفترض أن كل من ادعي عليه بمثل هذه الدعوى أنه ينكر ما نسب إليه ، ومن هنا كان اسمه منكراً ، فعلى هذا يصح الضابط ويسلم من المعارضة .

٣- أن المدعي من قال قد كان ، والمدعى عليه من قال لم يكن[1] :

وقد نظمه ابن عاصم فقال :

وقيل من يقول قد كان ادعا ∴ ولم يكن لمن عليه يدعى[2]

وهذا الضابط شبيه بسابقه ، بل إن السابق أكثر دقة ؛ لأن المدعي إذا قال قد كان ، فإن قوله قد يكون مخالفاً للظاهر وقد لا يكون ؛ لأن القول هنا عام وهو يشمل ما يخالف الظاهر وغيره . والحقيقة أن المدعي هو من يدعي خلاف الظاهر ، وأي قول منه آخر لا يعتبر ادعاءً .

وكذلك الحال بالنسبة للمدعى عليه ، فإنه يسمى كذلك قبل أن يقول ، فلا

---

(١) (ابن الشاط/إدرار الشروق/ج٤ص١١٨) (الرصاع/ شرح حدود ابن عرفة/ ص٤٧١) (الكاساني/ بدائع الصنائع /ج٦ص٢٢٤) (البابرتي/العناية/ج٨ص١٥٦) .

وقد نقل هذا التعريف عن ابن المسيب رحمه الله . أبو محمد سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي ، ولد لسنتين من خلافة عمر رضي الله عنه ، وتوفي بالمدنية سنة ٩٢ وقيل ٩٣ هـ ، قال فيه ابن عمر : لو رأى رسول الله ﷺ هذا لسره . (الشيرازي/ طبقات الفقهاء/ ص٣٩) .

(٢) (الكافي/إحكام الأحكام/ ص١٥) .

يصلح هذا ضابطاً لتمييز أطراف الدعوى ، والله أعلم .

٤- المدعي من يدعي أمراً باطناً خفياً ، والمنكر من يدعي أمراً ظاهراً جلياً[١] :

أو أن المدعي من يتمسك بغير الظاهر ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر[٢] .

وقد أورد العلماء عدة تعريفات كلها تصب في معنى واحد ، وهو أن المدعي يدعي خلاف الظاهر أو الأصل أو العرف ، أما المدعى عليه من يتمسك بالظاهر أو الأصل أو العرف[٣] .

يقول ابن عاصم في تحفته :

فالمدعي من قوله مجـــرد ∴ من أصل أو عرف بصدق يشهد

والمدعى عليه من قد عضدا ∴ مقالـه عـرف أو أصــل شهـــدا[٤]

وهذا الضابط هو من أكثر الضوابط دقة ؛ ذلك أن كل مدعٍ إنما يدعي أمراً خلاف الظاهر وخلاف الأصل ، فمن ادعى على إنسان حقاً سواء أكان حقاً لله تعالى أم لآدمي أم مشتركاً ، فإن ادعاءه خلاف للظاهر ، وخلاف للأصل ، وخلاف للعرف ؛ لأن الظاهر والأصل والعرف تشهد جميعها أن الإنسان بريء الذمة ، ولهذا السبب كُلِّف المدعي الحجة القوية ليدلل على صدق ما يدعيه ، ولذات السبب كُلِّف المدعى عليه الحجّة الضعيفة ؛ لأن الأصل يعضده .

فمن ادعى على إنسان أنه سرق منه ، أو زنى ، أو شرب الخمر ، كان الظاهر والعرف يدلان على أن قول هذا المدعي مخالف لأصل براءة الإنسان ، ويدلان

(١) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص٣٧٠) (البابرتي/ العناية/ ج٨ص١٥٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١٤١).

(٢) (البابرتي/ العناية/ ج٨ص١٥٥) .

(٣) انظر : (علي حيدر/ درر الحكام/ ج١ص٧٥) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص٣٦٩) (البابرتي/ العناية/ ج٨ص ١٥٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٤٠) (الرصاع/ شرح حدود ابن عرفة/ ص٤٧٠) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص١٤٣) (القرافي/ الفروق/ ج٤ص٧٤، ٧٥) (الكافي/ إحكام الأحكام/ ص١٥) .

(٤) (الكافي/ إحكام الأحكام/ ص١٥) .

كذلك على أن قول المدعى عليه هو الموافق للأصل وللظاهر .

وقد يتوجه على هذا الضابط ما توجه على الذي سبقه ، حيث إن المدعى عليه يسمى بهذا الاسم قبل أن يعرف إن كان قوله موافقاً لأصلٍ أو عرفٍ أو ظاهرٍ ، إلا على اعتبار أن تمسكه بالظاهر مفترض ، فيصح عندها .

وكان من المناسب القول إن المدعي هو من يدعي خلاف الظاهر ، والمدعى عليه من نسب إليه هذا المخالف .

وبناء على هذا الضابط يعرف أطراف الدعوى ، ويتميز أحدهما عن الآخر ، وعندها يتم تحديد عبء الإثبات على المدعي ، ويكون على المدعى عليه اليمين .

المطلب الثاني
المدعى عليه جزائياً

تمّ تعريف المدعى عليه سابقاً ، وتمييزه عن المدعي ، وذكرت شروطه كذلك ، وبقي من مسائله معرفة أمرين :

الأول : مدى سريان النصوص الجزائية على الأشخاص .

الثاني : الدعوى الجزائية على الغائب ، وهل من شروط المدعى عليه أن يكون حاضراً .

وقد جعلت لكل منهما فرعاً ، فجاء هذا المطلب على فرعين :

الفرع الأول : سريان النصوص الجزائية على الأشخاص :

وهذا الفرع يحاول الإجابة على عدة أسئلة ، وكلها تصب في عنوان الفرع ؛ فهل هناك من أحد لا تنطبق عليه في المجتمع الإسلامي النصوص الجزائية ؟

وهل هناك من أحد لا يسمح برفع الدعوى عليه جزائياً في المجتمع الإسلامي؟

وهل هناك من يتمتع بحصانة تحميه من ادعاء الآخرين عليه ؟

كلها أسئلة يبحثها عنوان واحد هو سريان النصوص الجزائية على

الأشخاص.

أما عامة الناس فتسري عليهم أحكام النصوص الجزائية دون استثناء ، وبلا خلاف بين العلماء.

لكن ما الحكم إذا كان الذي خالف النصوص الشرعية الجزائية والياً من الولاة ، أو قاضياً ، أو وزيراً ، أو من أهل الحل والعقد ، أو نائباً للإمام الأعظم ، أو كان الإمام الأعظم ذاته ، أي الخليفة ، فهل لأحد منهم حصانة تمنع رفع الدعوى عليه ؟

أما من ذكرت من أصحاب المراكز العالية في الدولة عدا الخليفة ، فالعلماء متفقون على تطبيق النصوص الجزائية عليهم دون تفريق بين واحد منهم . سواء أكان الحق الذي انتهكه أحدهم من خالص حق الله تعالى أم من الحقوق المشتركة ، فإذا رفع للإمام وجب إقامة العدل وإحقاق الحق فيهم .يقول ابن نُجيم عند حديثه عن الإمام الذي لا يقام عليه الحد :« والمراد بالخليفة الإمام الذي ليس فوقه إمام ، وقيد به احترازاً عن أمير البلدة ، فإنه يقام عليه الحدود بأمر الإمام »[1].

وقد اقتصر بحث إسقاط الحد عند بعض العلماء على الإمام الذي ليس فوقه إمام ، وهذا يدل على أن من دونه يقام عليه الحد ولا يسقط عنه .

والأصل في استيفاء الحقوق من ولاة الأمر أنها إلى القاضي ، ولكن إذا كان المدعى عليه ممن لا يقدر القاضي على إنفاذ الحكم عليهم ، كان الأمر إلى والي المظالم، حيث إن اختصاصه النظر فيما لا يقدر القاضي على استيفائه وإنفاذه .

ولقد ذكرت في باب المظالم -عند ذكر الإجراءات السابقة للدعوى- أن ولاية المظالم مستقرة شرعاً ، وقد فعلها النبي ﷺ ، فقد حاكم ولاته وحاسبهم وأوقع العقوبة على بعضهم تعزيراً ، وبفعله ﷺ اقتدى الخلفاء الراشدون ، وفي ذلك دلالة على أن أحكام الشرع واجبة الاحترام من الكبير قبل الصغير ، ومن المسؤول قبل

---

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٢١) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ص٣١) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج١ص٥٩٧) .

السائل (والسائل هو الإنسان العادي) ، وأنه لا تمنح الحصانة لأحد في الدولة الإسلامية من شرع الله ؛ لأن الحصانة إبطال لأحكام الشريعة بحق من أعطيت له ، وهذا لا يقبل في شرع الله .

وإن مما تعارف عليه الناس في هذه الأيام منح الحصانة لمن يتصف بصفة تمثيل الناس أمام السلطات الحاكمة ، فيما يعرف بالمجالس الشعبية أو المجالس الوطنية أو مجلس الأمة أو البرلمان ، وهي في الأصل حصانة لأجل منح هذا الممثل حرية إبداء الرأي في كل ما يراه من أحوال الأمة، ثم تمددت هذه الحصانة لمنع المساءلة فيما يمكن أن يُسأل عنه لو كان في غير موضعه هذا[1] .

وهذا في الشرع غير وارد ؛ ذلك أن حرية إبداء الرأي محفوظة لكل من له صفة المواطنة في دولة الإسلام ، فله أن يقول ما يريد قوله وفق حدود الشرع بلا قذف ولا شتم أو سب أو قدح ، وله أن يسأل ويستفسر ويحاجج ويقول رأيه كما يريد ، بل إن للذمي الكافر حق إبداء الرأي لكونه مواطناً في الدولة الإسلامية ، لكن بحدود الشرع كذلك ، إذ إنه يلتزم بأحكامها .

أما ما نراه في مجالس ممثلي الأمة -إن كانوا كذلك- من قدح وتشهير واستغلال للحصانة الممنوحة ، حتى وصل إلى حد القذف ، فهذا خارج عن أصول الشريعة وقواعدها ، ولا يقبله لا الذوق ولا العقل السليم .

فإن أهل الحل والعقد في الشريعة ليسوا معفيين من عقوبة القذف إن قالوها ، ولا من عقوبة الذم والتحقير والتشهير إن فعلوا ذلك ، وليس لأحد الاحتجاج بالحصانة .

أما الإمام الأعظم وهو الخليفة الذي ليس فوقه إمام ؛ فقد اتفق العلماء على

---

(١) ومن ذلك استباحة بعض ممثلي الأمة لحرمات الله جهاراً نهاراً لائذاً بالحصانة التي تمنع أياً كان مساءلته أو اخذ الحق منه ، وكم منهم من يفطر في رمضان على سبيل المثال ، ولا يجرؤ أحد على منعه لتمتعه بالحصانة.

أنه يؤاخذ بالقصاص والحقوق المالية [1].

وبعبارة أخرى :

كل ذنب كان الاستيفاء فيه إلى غيره جاز أن يؤخذ به ، باتفاق الفقهاء ، وكل ذنب كان الاستيفاء فيه إليه فقد حصل خلاف بين العلماء فيه ، وجاءت آراؤهم على قولين :

القول الأول : لا يقام عليه الحد الذي لله .كما لو شرب الخمر أو زنى أو سرق وهذا هو قول الحنفية والزيدية [2] .

واستدلوا على ذلك بعدة أدلة :

١ - أن استيفاء الحد إلى الإمام ، وهو الإمام ، فلا يملك إقامة الحد على نفسه؛ لأن الشرع ما جعل من عليه نائباً عنه في الاستيفاء من نفسه .

فإن إقامته بطريق الخزي والعقوبة ، ولا يفعل الإنسان ذلك بنفسه ، ومن هو دونه نائبه لا يمكنه أن يقيم ، فانعدم المستوفي ، وفائدة الوجوب الاستيفاء ، فإذا انعدم المستوفي قلنا إنه لا يجب[3] .

---

(١) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص١٠٤، ١٠٥) (الكرابيسي/ الفروق/ ج١ص٢٩٧) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٣ص ١٨٧) (البابرتي/ العناية/ ج٥ص٢٧٧) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٥ص٢٧٧) (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٤ص ١٤٨) (منلاخسرو/ درر الحكام/ ج٢ص٦٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٢١) (البغدادي/ مجمع الضمانات/ ص٤٥٠) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٢ص١٥١) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج١ص٥٩٧) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ص٣١) (الصنعاني/ التاج المذهب/ ج٤ص٢٠٧) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٥ص٤٥٤).

(٢) مراجع الحنفية والزيدية السابقة .

(٣) انظر : (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج١ص٥٩٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٢١) (البابرتي/ العناية/ ج٥ص ٢٧٧) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٥ص٢٧٧) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص١٠٤، ١٠٥) (الكرابيسي/ الفروق/ ج١ ص٢٩٧، ٢٩٨) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٣ص١٨٧) .

ويقصد الحنفية بقولهم « لأن الشرع ما جعل من عليه نائباً عنه في الاستيفاء من نفسه » ، أي أن الشرع لم يجعل من على إقامة الحدود نائباً عن الإمام في الاستيفاء من نفسه .

٢- أن القصد من العقوبة الانزجار ، ولا ينزجر بمعاقبة نفسه ، إذ لا يخاف من نفسه ولا يبالي بها فلا يفيد ، فإن لم يفد فلا يشرع ؛ لأن الأسباب إنما تشرع لأحكامها ، فإذا لم تفد أحكامها لا تكون مشروعة[(١)] .

٣- لأن إمامته تبطل بأول الفعل ، فوقع زناه في غير زمن الإمام [(٢)].

وسبب بطلان إمامته الفسق ، فصار كما لو زنى في دار حرب[(٣)] ، فكأنهم قاسوا زنى الإمام على من زنى في دار الحرب ، بجامع انعدام الولاية فيهما وانعدام المستوفي .

القول الثاني : أنه يقام عليه الحد ، وهو قول جمهور العلماء[(٤)] .

وكيفيته بأن يجتمع العلماء من المسلمين على رجل ليقيم عليه ذلك الحد ، أو أن يقيمه من ولي الحكم عنه ، كما قال القفال[(٥)] .

واستدلوا بعموم الآيات الآمرة بإقامة الحدود ، وبعدم ورود ما يخصصها[(٦)] .

الرأي المختار :

بعد أن ذكرت أقوال العلماء في المسألة لا بد من ذكر بعض من النصوص والأدلة التي ترسم الطريق في هذه المسألة ، ومنها:

١- ثبت أن النبي ﷺ أقاد من نفسه ، فيما أخرجه النسائي عن أبي سعيد

---

(١) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٣ص١٨٧) (البابرتي/ العناية/ ج٥ص٢٧٧) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٥ ص٢٧٧) (منلاخسرو/ درر الحكام/ ج٢ص٦٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٢١) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ ص٣١) .

(٢) (الصنعاني/ التاج المذهب/ ج٤ص٢٠٧) (الكرابيسي/ الفروق/ ج١ص٢٩٧) .

(٣) (الكرابيسي/ الفروق/ ج١ص٢٩٧) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٩٩) .

(٤) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٥ص٤٥٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص١٠٥) .

(٥) القفال : محمد بن علي بن إسماعيل أبو بكر الشاشي القفال ، ولد ٢٩١هـ ، وهو أول من صنف الجدل الحسن من الفقهاء ، وعنه انتشر فقه الشافعي في ما وراء النهر ، وكان كثير الرحلة في طلب العلم . (ابن قاضي شهبة/ طبقات الشافعية/ ج٢ص١٤٩) .

(٦) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٣ص١٨٢) (المغني/ ج٩ص٢٤٨) .

الخدري رضي الله عنه قال : بينا رسول الله ﷺ يقسم شيئاً ، أقبل رجل[1] فأكب عليه فطعنه رسول الله ﷺ بعرجون[2] كان معه ، فصاح الرجل ، فقال رسول الله ﷺ : تعال فاستقد ، قال : بل قد عفوت يا رسول الله[3] .

وفي رواية أبي داود عن أسيد بن حضير ، كان يحدث عن رجل من الأنصار قال : بينما هو يحدث القوم وكان فيه مزاح ، بينا يضحكهم فطعنه النبي ﷺ في خاصرته بعودٍ ، فقال : أصبرني[4] ، فقال : اصطبر[5] ، قال : إن عليك قميصاً ، وليس عليّ قميص ، فرفع النبي ﷺ عن قميصه فاحتضنه وجعل يقبل كشحهُ[6] . قال : إنما أردت هذا يا رسول الله[7] .

٢- وفيما أخرجه أبو داود عن عمر بن الخطاب أنه خطب فقال : « إني لم أبعث عمالي ليضربوا أبشاركم ولا ليأخذوا أموالكم ، فمن فعل به ذلك فليرفعه إليّ أقصّه منه ، قال عمرو بن العاص : لو أن رجلاً أدب بعض رعيته أتقصه منه ؟ قال :

---

(١) قيل إن الرجل هو سواد بن غزية ، كما ورد في (سيرة ابن هشام / ج٣ص١٧٤) .

(٢) العرجون : عود أصفر فيه أغصان عذق النخل . (ابن منظور/لسان العرب/ج١٣ص٢٨٤) .

(٣) (النسائي/ القسامة/ باب القود في الطعنة/ ح٤٧٧٣، ٤٧٧٤) (أبو داود/ الديات/ باب القود من الضربة وقص الأمير من نفسه/ ح٤٥٣٦)(أحمد/ عن أبي سعيد الخدري/ ح١٠٨٤٥) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٤٣/ ح ١٥٧٦٧) (السنن الكبرى للنسائي / ج٤ص٢٢٦/ ح٦٩٧٥) (مصنف عبد الرزاق/ ج٣ ص١٨٤/ ح٥٢٤٨) .

(٤) أصبرني : أي مكنّي من القصاص . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٤ص٤٤٠) .

(٥) اصطبر : اقتص ، أي : أنه أمره بالقصاص . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٤ص٤٤٠) .

(٦) الكِشْح : ما بين الخاصرة إلى الضلع الأقصر من أضلاع الجنب ، وقيل : هو الخصر . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٢ص٥٧٢) .

(٧) (أبو داود/ الأدب/ باب في قبلة الجسد/ ح٥٢٢٤) (الحاكم/ المستدرك/ ج٣ص٣٢٧/ ح٥٢٦٢) (المقدسي/ الأحاديث المختارة/ ج٤ص٢٧٦/ ح١٤٧١) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٧ص١٠٢/ ح١٣٣٦٤/ ج٨ص٤٩/ ح ١٥٨٠٠) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١ص٢٠٥/ ح٥٥٦، ٥٥٧) (ابن حجر/ الدارية في تخريج أحاديث الهداية/ ج٢ص٢٣٢) (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٤ص٢٥٩) .

إني والذي نفسي بيده أقصه ، وقد رأيت رسول الله ﷺ أقص من نفسه »[1] .

٣- وفيما أخرجه النسائي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : رأيت رسول الله ﷺ يُقِصُّ من نفسه[2] .

وهذه الأدلة وغيرها تؤكد أن الإمام الأعظم ليس بمعزل عن استيفاء الحقوق ، إلا أن هذه الأدلة وغيرها مما فعله الخلفاء الراشدون لا تشير إلى محل النزاع إلا بالإشارة ، ومحل النزاع أن يفعل الإمام الأعظم ما يستوجب حداً لله تعالى ، وهذا لا يتصور لا في حق النبي ﷺ وهو المعصوم ، ولا في حق الصحابة الكرام من الخلفاء الراشدين ، وهم من المبشرين بالجنة ، المشهود لهم بالفضل والتقدم على سائر الأمة .

وهذه الأدلة تشير إلى أن لا حصانة في الإسلام للإمام الأعظم ، وليس من أحد منزه عن العقوبة ، وليس من أحد فوق القانون .

وهذا هو أول مبدأ من مبادئ سريان النصوص الجزائية على الأشخاص ، ومن باب أولى أن لا حصانة لمن هو دونه ، وهذا القدر يتفق فيه جميع الفقهاء حتى فقهاء الحنفية .

أما أدلة الحنفية فيما ذهبوا إليه مما يعارض هذا الأصل ؛ فالملاحظ أنها أدلة عقلية لا نقل فيها ، وجانب العقل فيها لا يشير إلى علة في ذات الإمام الأعظم تمنع من إقامة الحد عليه ، فليس الأمر مرتبطاً لا بشرف منصبه أو عظيم جاهه أو رفيع قدره ، وليس لكل ذلك سبب في منع الحد .

ولذلك لم يقولوا منعنا عنه الحد لعظيم قدره ، أو لشرف نسبه ، أو لعراقة أصله ، وإنما عللوا ذلك بعدم وجود الوسيلة المناسبة لتحصيل ذلك ، فقالوا : إنه ولي أمر الحدود ، فإذا فعل ما يوجب الحد فكيف يقيمه على نفسه ، وأنه لا يتحقق الزجر بإقامته على نفسه .

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص١٣٨.

(٢) (النسائي/ القسامة/ باب القصاص من السلاطين/ ح٤٧٧٧) (السنن الكبرى للنسائي/ ج٤ ص٢٢٨/ ح٦٩٧٩) (مسند البزار/ ج١ ص٢٠٧/ ح٢٨٥) .

ولما كان العقل هو دليلهم ، فالجواب عليه سيكون بالنقل و العقل .

١- فقد ثبت أن رسول الله ﷺ قال فيما أخرجه أبو داود عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها : « أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود »[(١)].

ووجه الاستدلال أن الإمام الأعظم من ذوي الهيئات بلا خلاف ، وذوو الهيئات هم كما يقول الإمام الشافعي : « الذين لا يعرفون بالشر ، فيزل أحدهم الزلة »[(٢)].

وقيل : إنهم من لهم علم وشرف[(٣)] .

والإمام الأعظم - ومن خلال المواصفات المشروطة فيه - من ذوي الهيئات يقيناً ، فيكون النص شاملاً له ولغيره من ذوي الهيئات .

ولا يصح استثناؤه لا بعقل ولا بتوهم انعدام وسيلةٍ لإقامة الحد عليه .

وقد أخرج البخاري في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها ، أن النبي ﷺ قال: « إنما أهلك من قبلكم إذا سرق الشريف فيهم تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، والذي نفس محمد بيده لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها »[(٤)].

وهذا الحديث وإن كان النقد فيه موجهاً لمن يتخذه سنةً حتى يشمل كل

---

(١) (أبو داود/ الحدود/ باب في الحد يشفع فيه/ ح٤٣٧٥) (أحمد/ عن عائشة رضي الله عنه/ ح٢٤٩٤٦) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص١٦١، ٢٦٧، ٣٣٤/ ح١٦٤٢٣، ١٧٠٠٦، ١٧٤٠٦) (الدارقطني/ سنن الدارقطني/ ج٣ص٢٠٧/ ح ٣٧٠) (السنن الكبرى للنسائي/ ج٤ص٣١٠/ ح٧٢٩٤) (ابن حزم/ المحلى/ ج١١ص٤٠٤) .

(٢) (الشافعي/ الأم/ ج٦ص١٥٧) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص١٠٩) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٥ص٥٢٣) .

(٣) (ابن حزم/ المحلى/ ج١٢ص٤٢٧) .

(٤) (البخاري/ الحدود/ باب إقامة الحد على الشريف والوضيع/ ح٦٧٨٧) (مسلم/ الحدود/ باب قطع السارق الشريف وغيره/ ح١٦٨٨) (النسائي/ قطع السارق/ خبر المخزومية التي سرقت/ ح ٤٨٩٥) (الترمذي/ الحدود/ كراهية أن يشفع في الحدود/ ح١٤٥٥) (أبو داود/ الحدود/ باب الحد يشفع فيه/ ح٤٢٠٧) (ابن ماجه/ الحدود/ باب الشفاعة في الحدود/ ح٢٥٤٧) .

شريف في الترك، وكل ضعيف في الإقامة ، إلا أن النهي يتحقق بالمرة الواحدة ، وهو يدل على تحريمه ، فلا يحل إعفاء الشريف ولا صاحب المنصب ، ولا حتى الإمام الأعظم ؛ لأن المصير بذلك هو الهلاك والعقوبة من الله تعالى .

فإذا اتفق السادة الحنفية مع هذا القول من أن إسقاط الحد لا يرتبط بشرف منصب الإمام وردوا ذلك إلى فقد الوسيلة لتحصيل الحد .

فالجواب عندها أن الحجة تلزمهم إذا تحصلت الوسيلة لإقامته . وهذا ما سأدلل عليه .

فقد اتفق الحنفية مع الجمهور على أن الإمام إذا قتل فإنه يقتل بذلك ، وإذا ضرب يضرب ، وإذا شج يشج ، فالسؤال عندها : فما الوسيلة إلى ذلك ؟

قالوا بأن الوسيلة إليه بتمليك ذلك لولي الدم ولصاحب الحق .

فأقول : وإن أبى الإمام ؟

قال الحنفية عندها : بالاستعانة بمنعة المسلمين[1] .

فأقول عندها : ما دام أن الحق في أصله للمسلمين ، فكل ما لا يقدر الإمام على فعله من الحدود ، فإنه يرجع للمسلمين ولمنعة المسلمين . وهذا تطبيق عملي لفكرة أن الإمام إنما هو وكيل عن الأمة في تحقيق حقوقها ومصالحها ، فإن عجز الوكيل عن تحقيق المطلوب منه ، كان حق التصرف لمن أوكله وهي الأمة في هذه الحالة ؛ فللأمة أن تقرر بعلمائها وأهل الحل والعقد فيها وسيلة إقامة الحد على الإمام ، وينص عليه إما بدستور أو قانون يوضح الكيفية ، ويبين الوسيلة ، وينص فيه على تشكيل هيئة خاصة لتحصيل ذلك ممن يؤمن معهم انعدام الفتنة وتحصيل المنعة وضبط الأمور .

---

(١) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص١٠٤، ١٠٥) (الكرابيسي/ الفروق/ ج١ص٢٩٧) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٣ص ١٨٧) (البابرتي/ العناية/ ج٥ص٢٧٧) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٥ص٢٧٧) (منلاخسرو/ درر الحكام/ ج٢ ص٦٧) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج١ص٥٩٧) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ص٣١) .

ثم إذا كان الحنفية يشملون بمنعهم إقامة الحد كل ما كان حقاً لله ، فما القول إذا تجسس الإمام أو خان الأمة وصار عميلاً للعدو ، ألا يقام التعزير عليه لحق الله تعالى ؟

فإن قالوا : لا يقام ، فلا بقاء للأمة ، ولا استقرار بوجوده جاسوساً عميلاً ، وقد يكون أحدث في الأمة من الضرر ما لا يمكن تداركه .

وإن قالوا نعم يقام ، فكيف السبيل إلى ذلك ؟ وبمثله فليكن الحكم في حدود الله تعالى .

ومن الصواب ألا يقيم هو الحد على نفسه ، ولكن من الصواب كذلك ألا نهمل حد الله تعالى إذا لم يقمها بنفسه ، فيقيمها غيره عليه .

أما دليل الحنفية المتعلق بقصد الانزجار ، وهو قصد الشارع من العقوبة ، فإنه حاصل بتولية إقامة الحد إلى غيره .

أما انعدام الفائدة ، فليست بمانع من العقوبة ، فلو صرح صاحب حد من الحدود أنه لا يتوب حتى بإقامة الحد عليه ، فلا يقول أحد بسقوط الحد عنه ، وكذلك الإمام ، فلا يسقط عنه لانعدام الفائدة .

أما من قال بأن الإمام ينعزل بفسقه فلا يقام عليه ، فالجواب عليه : أن انعزال الإمام بالفسق مختلف فيه ، ثم إنه لو قتل أو جرح ، فهل ينعزل بفسقه ؟

وجوابهم لا بد وأن يكون بالإيجاب ، وإلا اختلفوا في حكم واحد في حالتين .

والسؤال عندها : لماذا أجزتم إقامة القصاص عليه ؟

فكان جوابهم : لأن له ولياً ، وهو وليّ الدم أو الجرح .

فنقول : إنكم التقيتم مع القائلين بانعدام الوسيلة ، وقد ذكرت من الوسائل لتحصيل حق الله تعالى منه ، فلا حجة بعدئذ مع وجود الوسيلة .

ثم إن الحنفية قاسوا هذه الصورة بحالة ما لو زنى إنسان في دار حرب بجامع أن لا ولاية للإمام فيهما ، فكما أنه لا ولاية له في إقامة الحد على نفسه ، فلا ولاية له في إقامتها خارج حدود دار الإسلام ، فانعدم المستوفي عندهما فيهما ، وانعدام

الولاية من الإمام في إقامتها خارج دار الإسلام يشابه عندهم انعدام الولاية في إقامتها على نفسه ، أو إقامة غيره الحد عليه.

وهم مع ذلك لا يقولون بانعزال الإمام بأول فسقه ، وأن حصول الجرم منه وقع في غير زمن الولاية ، وقد نص على ذلك الإمام السرخسي إذ يقول :

« وأهل الزيغ يعللون في هذه المسألة ويقولون إنه بالزنا قد انعزل ، فكان زناه في وقت لا إمام فيه ، ولو زنى في مكان لا إمام فيه وهو دار الحرب لا يلزمه الحد ، وكذلك إذا زنى في زمان لا إمام فيه ، وهذا قول باطل عندنا ، لما قلنا إنه بالفسق لا ينعزل »[1].

فبقي الأمر دائراً على انعدام المستوفي أو وسيلة الاستيفاء ، وقد تقدم الجواب عن الوسائل الممكنة للوصول إلى حق الأمة في إقامة حدود الله تعالى الخالصة .

وفيما يخص وقوع الجرم في دار الحرب يقول الإمام الشافعي رحمه الله عن وسيلة تحصيل الحد منه : « ومن أصاب حداً في المصر ولا والي للمصر يوم يصيب الحد ، كان للوالي الذي يلي بعدما أصاب أن يقيم الحد ، فكذلك عامل الجيش إن ولي إقامة الحد أقامه ، وإن لم يول الحد ، فأول من يليه يقيمه عليه »[2] .

والذي يدل كذلك على أن المانع من إقامة الحد إنما هو انعدام وسيلة الاستيفاء ، أنهم يعتقدون أن هذا الفعل محرّم ، وأن فاعله آثم ، ويقول في ذلك ابن العربي : « توهم قوم أن ابن الماجشون لما قال : إن من زنا في دار الحرب بحربية لم يحد ، أن ذلك حلال ، وهو جهل بأصول الشريعة ومأخذ الأدلة ، قال الله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ ﴾[3]. فلا يباح الوطء إلا بهذين الوجهين ، ولكن أبا حنيفة يرى أن دار الحرب لا حدّ فيها ، ينازع بذلك ابن الماجشون معه ، فأما التحريم فهو متفق عليه ، فلا تستزلنكم الغفلة

(١) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص١٠٥) .

(٢) (الشافعي/ الأم/ ج٧ص٣٧٥) .

(٣) (سورة المؤمنون ، آية رقم ٥، ٦) .

في تلك المسألة »[1].

ومما يدل على ذلك عند الحنفية ، أنهم في الجرائم الموجبة للقصاص والقطع حكموا بالدية وبالغرم على قدر المال المسروق ، رغم قولهم بسقوط القصاص والحد عنهم[2].

كل ما سبق يؤكد أنهم جعلوا انعدام الوسيلة شبهة لإسقاط الحد .

والراجح أن انعدام الوسيلة غير مؤكد ، بل من الممكن إيجاد الوسائل اللازمة لذلك وفق حدود الشرع ، بما يحفظ للشرع حقوقه .

الفرع الثاني : الادعاء والحكم جزائياً على الغائب :

السؤال الذي يحاول هذا الفرع الإجابة عليه هو هل من شروط المدعى عليه أن يكون حاضراً ؟ وما هو الحال إذا كان غائباً ؟ وكيف يمكن أن يؤخذ منه حق الله تعالى ؟ أو حق الآدميين ؟

وكل هذه الأسئلة يجب الإجابة عنها في إطار الجزائيات خاصة دون المعاملات المالية ، حيث إن الفقهاء يجعلون للجزائيات أحكاماً خاصة تختلف عن الأموال ، نظراً لخطورتها وجسامة عاقبتها ؛ فالمال له عوض وإن كان قيمياً ، أما الأنفس والدماء فلا يعوضها شيء في حقيقة أمرها ، فالشرع وإن أوجب الدية على القاتل خطأً ، إلا أن ذلك ليس بثمن للمقتول ولا هو عوض عنه ، وإنما بعض عوض عنه ، وهو جزاء للقاتل .

وأبدأ بذكر جملة من الثوابت في هذه المسألة لتكون مدخلاً للموضوع :

أولاً- أن الغائب له حد وضابط ذكره العلماء[3] كلٌ حسب عرفه ووقته

---

(١) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج١ص٦٤٩) .

(٢) انظر : (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص١٣٢) (البابرتي/ العناية/ ج٥ص٢٦٦) .

(٣) انظر أقوال العلماء في حد الغائب : (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٣٢٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ص٥٠) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٢٧٩) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ص٤٨٤) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٥١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص١٨٢) .

ومكانه ، فما كان بعيداً في زمن يكون قريباً في زمن آخر ، ومن كان غائباً في وقت ومكان كان حاضراً في وقت ومكان آخر .

وكذلك الحال في زماننا ومكاننا ، فإن ضابط الغيبة والحضور بالنظر إلى الزمان والمكان ووسائل الاتصالات قد تغير ، ولولي الأمر أن يحدد ضابط ذلك بما يراه مناسباً بحسب أهل كل منطقة وبحسب الأعراف السائدة .

ولا طائل من ذكر اختلافات العلماء في تحديد المسافات ؛ لأنه سيكون خالياً من الواقعية، ويبقى في إطاره النظري الخالي من الفائدة .

ثانياً- أن الغائب الذي يدور حوله الحديث له مواصفات وشروط ، حتى يصح أن يسمى معها غائباً :

١- إذا وجد من يحضر عنه كان كالحاضر بذاته ، فلا يكون الحكم عليه حكماً على الغائب[١] .

وضرب الفقهاء لذلك أمثلة ، ومنها المخدرة من النساء ، وهي التي تلازم خدرها ، بخلاف البرزة وهي التي تبرز لحوائجها[٢] ، فإن المخدرة توكل غيرها في الحضور ، إلا في حالات خاصة ألزم الفقهاء فيها المخدرة بالحضور ، وسيأتي ذكرها فيما بعد .

٢- أن الغائب الذي تحدث عنه الفقهاء هو الذي لم يتبلغ بالحضور ، فإنه متى تمّ إبلاغه بالحضور -وبأي وسيلة كان الإبلاغ[٣]- وجب حضوره ، فإن

---

(١) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص٢٢٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص١٨٢) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣١٤) (البابرتي/ العناية/ ج٧ص٣٠٨) .

(٢) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٧ص٥٠٩) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٢٧٠) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٦١) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص٢٣٥) .

(٣) ذكر العلماء وسائل متعددة لتبليغ المطلوب للقضاء ، وقالوا بأن المدعي هو الذي يبلغه تارة ، وأن القاضي يرسل له من يطلبه تارة أخرى ، ويكون في الحالين مع المرسَل ما يثبت أنه مبعوث من القاضي، كأن يحمل معه طينة مختومة ، أو ورقة عليها ختم القاضي ، فإن لم يعثر عليه أبلغ أهله بذلك، فإن عرف موضعه وعلم أنه ممتنع يرسل إليه من يهجمون عليه ، وذلك بمواصفات وشروط محددة سبق ذكرها في الحديث عن تفتيش الأماكن . =

لم يحضر كان متمرداً ممتنعاً .

والمتمرد المستتر يرى أغلب العلماء جواز الحكم عليه ، وهذا الحكم منهم في الجزائيات مفهوم من كلامهم دون تصريح به ، ويستوي عندهم الغائب المتمرد والحاضر المتمرد [1].

وبعض المالكية اشترط لجواز الحكم على الغائب المتمرد شروطاً محددة ، ومنها :

أ - أن يكون قد استتر وتمرد بعد طرح الحجج ، وكان غيابه هرباً من القضاء وخوفاً من ثبوت الحق عليه ، فقالوا : إن من هذا حاله فإنه يقضى عليه في كل خصومة وإن كان فراره قبل إتمام الحجج ، فإن حكم القاضي أيضاً ينفذ ، لكن بعد التلوم والتأتي له من غير قطع لما يأتي به من الحجة [2]. وتعميم الحكم على من هذا حاله شامل للجزائيات والأموال كذلك .

يقول ابن عاصم في تحفته :

ومن ألد في الخصام وانتهج	∴	نهج الفرار بعد إتمام الحجج
ينفذ الحكم عليه الحكم	∴	قطعاً لكل ما به يختصم
وغير مستوف لهما إن استتر	∴	لم تنقطع حجته إذا ظهر
لكنما الحكم عليه يمضي	∴	بعد تلوم له من يقضي [3]

ب - أن تكون غيبته بعيدة ، فلا تكون متوسطة أو قريبة ، بحسب تقسيمهم للغيبة ، فهم لا يجيزون القضاء على الغائب غيبة متوسطة أو قريبة في بعض الأموال،

= انظر فيما سبق : (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٣٢٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٥٠) .

(١) انظر : (البابرتي/ العناية/ ج٧ص٣٠٨) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٢٨٠) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص١٩٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٩٩) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ ص١٣٩) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٩٩) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص٣٣) .

(٣) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص٣٣) .

فأن يكون ممنوعاً في الجزائيات أولى ؛ لأنها أشد خطراً ، وهذا مفهوم من نصوصهم[1] .

أما إذا كانت الغيبة بعيدة ولم يتم طرح الحجج ، فإن نصوصهم تدل على منع القضاء عليه فيما سوى الأموال ، يقول الشيخ عليش[2] ما نصه : « وإن بعدت غيبته وانقطعت كالعدوة من الأندلس ، ومكة من إفريقية ، حكم عليه في كل شيء من حيوان وعروض ودين والرباع[3] والأصول ، ورجيت حجته في ذلك ، وهذا مع أمن الطريق وكونها مسلوكة »[4] .

فقوله : (كل شيء) يتقيد بالأموال ؛ لأن الأمثلة تبين أنه قصد ذلك .

أما الشافعية فقد اشترطوا في الأرجح عندهم في حالة التمرد أن يحلف المدعي يمين استظهار ، وذلك احتياطاً للحكم[5] .

ونقل بعض العلماء من الحنفية أن محمد بن الحسن لا يجيز القضاء على المتمرد الممتنع في الأموال[6] ، فيمتنع القضاء عليه في الجزائيات من باب أولى .

---

(١) انظر : (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٣٧٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٩٨) (الصاوي/ حاشية الصاوي/ ج٤ص٢٣١) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٥١) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ ص١٧٢) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص١٦٢) .

(٢) الشيخ عليش : أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد ، المعروف بالشيخ عليش ، ولد في القاهرة ١٢١٧هـ ، وتوفي فيها ١٢٩٩هـ ، مارس التدريس بالجامع الأزهر ، وتولى مشيخة السادة المالكية ، ووظيفة الإفتاء بالديار المصرية ، من مؤلفاته : منح الجليل على مختصر خليل ، وفتح العلي المالك حاشية على رسالة الصبان . (الزركلي/ الإعلام / ج٦ص٢٤٤) .

(٣) الرباع : بكسر الراء جمع رُبَع ، وهو ما ولد من الإبل في الربيع ، وقيل : ما ولد في أول النتاج . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ص١٠٥) .

(٤) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٣٧٢) .

(٥) انظر : (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٢٨٠) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٢٥) .

ويمين الاستظهار تقوي حجة المدعي ، إلا أنها ليست كيمين القضاء ، فالقصد منها مزيد تأكيد واحتياط ، ويرد ذكرها غالباً في الحكم على الغائب .

(٦) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٧ص٤٠) .

إلا أن الشيخ علي حيدر نقل خلاف ذلك فقال : « إن جميع فقهاء الحنفية يقولون بجواز الحكم غيابياً على الخصم المتواري »[1].

٣- اتفق العلماء على أن الادعاء على الغائب جائز فيما لو ادعى على الغائب في بلده وأراد أن يوثق حكم القاضي في بلده في كتاب يرسله إلى قاضٍ آخر في مكان آخر يوجد الغائب فيه ، وكانت الدعوى في حق الله أو حق الآدمي[2].

والحنفية وهم المانعون للقضاء على الغائب ، أجازوا هذه الصورة وقالوا: « فلا تسمع الدعوى أو البينة إلا على خصم حاضر ، إلا إذا التمس المدعي بذلك كتاباً حكمياً للقضاء به ، فيجيبه القاضي إليه ، فيكتب إلى القاضي الذي الغائب في بلده بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضي عليه »[3].

ثالثاً- ذكر الحنفية حالة اشتراك حاضر مع غائب في جرم واحد ، وذكروا أنه لزم أخذ الحق من الحاضر ، وتقبل البينة على الحاضر ، ولا يعتبر الحاضر خصماً عن الغائب[4].

وهذا -وإن لم ينص عليه فقهاء المذاهب الأخرى- متفق مع أصولهم في هذه الصورة ؛ لأننا لو قلنا بمنع الاستيفاء من واحد من الجناة بسبب غيبة الآخر لسد باب القصاص وباب الاستيفاء ، وهذا فيه إضرار بصاحب الحق مع غلبة أن يهرب

---

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٧٧) في شرحه للمادة ١٨٣٤ ، وقد نصت المادة على جواز القضاء على الممتنع المتواري .

(٢) انظر : (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص٢٢٢) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ص١٩٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص١٨٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩٢) (ابن تيمية/ الفتاوى الكبرى/ ج٥ ص٥٦٧) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص١٧٥) .

(٣) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص٢٢٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩٢) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ ص١٩٢) .

(٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج٢٦ص١٧٩) (البابرتي/ العناية/ ج٥ص٤٠٩) .

المطلوبون للقضاء وأن لا يظفر بهم ، ومع أن في انتظار حضورهم احتمال أن يكون مع الغائب ما يكون شبهة لنفسه أو لصاحبه ، إلا أنه وهمٌ ، ولا عبرة بالتوهم[1] .

وقالوا : إن مثله كذلك ما لو مات الغائب أو فقد فلم يظهر ، فإن توهم وجود شبهة لا يعتبر شبهة[2] ، فلا يمنع ذلك من أخذ الحق من الحاضر رغم غياب الغائب . والحنفية وهم أكثر المذاهب أخذاً بدرء الحد بالشبهة لم يدرؤوا الحدود والقصاص في مثل هذه الحالة ، وهذا يفهم منه أنه قول بقية المذاهب .

بعد ذكر الخطوط المتفق عليها ، يأتي الكلام حول ما اختلف فيه الفقهاء ؛ فقد اختلف الفقهاء في حكم القضاء على الغائب في الجزائيات إذا كان بعيداً ولم يتم تبليغه بالحضور إلى مجلس القضاء ، ولا توكل من يخاصم عنه .

ولهم في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

القول الأول : أنه لا يجوز القضاء على الغائب سواء أكان في حق من حقوق الله تعالى أم في حق مشترك . وهذا هو قول الحنفية[3] .

فالحنفية وإن كان قولهم في القضاء على الغائب عموماً فيه اضطراب واختلاف[4] ، إلا أنهم في مسألة العقوبات كان موقفهم موحداً ولا اضطراب فيه .

واستدلوا على هذا القول بما يلي :

١- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لعلي رضي الله عنه : « إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأول منهما حتى تسمع كلام الآخر ، فسوف تدري كيف

---

(١) (السرخسي/ المبسوط/ ج٢٦ص١٧٩) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) (البابرتي/ العناية/ ج٥ص٢٨٣، ٤٠٩) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص٢٢٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج٢٦ ص١٧٨) .

(٤) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٧ وما بعدها) ، فقد أثبت وجود الاضطراب في رأي الحنفية في هذه المسألة . وانظر تحليل أقوال الحنفية في هذه المسألة (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص٥٢٧) .

تقضي » ، قال علي : فما زلت قاضياً بعد[1] .

ووجه الدلالة أن في القضاء على الغائب قضاءً لأحد الخصمين وحده ، فلم يجز[2] .

٢- أن الغائب قد يكون له ما يبطل البينة ويقدح فيها ، فلم يجز الحكم عليه[3].

٣- أن الحدود والقصاص لا يثبتان إلا بالإقرار أو الشهادة، ولا عبرة بالإقرار خارج مجلس القضاء ، ولا تجوز الشهادة على الغائب في الحدود والقصاص[4] .

القول الثاني : أنه يجوز القضاء على الغائب فيما هو حق لآدمي ، ويمنع القضاء عليه فيما هو حق لله تعالى .

وأصحاب هذا القول هم المالكية[5] ، وهو الأظهر عند الشافعية[6] ، وهو مذهب الحنابلة[7]. على خلاف بينهم فيما هو حق لله تعالى وما هو حق للآدمي، كما هو مشهور عندهم .

وعند الشافعية يجوز القضاء على الغائب في القصاص والقذف دون بقية

---

(١) (الترمذي/ الأحكام/ باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما/ ح١٣٣١) (أبو داود/ الأقضية/ باب كيف القضاء/ ح٣٥٨٢) (أحمد/ عن علي/ ح٦٣٧، ٦٦٨، ٦٩٢، ١١٤٩، ١٢١٥، ١٢٨٣، ١٢٨٧، ١٣٤٤) (ابن ماجه/ الأحكام/ باب ذكر القضاة/ ح٢٣١٠) (ابن حبان/ ج١١ ص٤٥١/ ح٥٠٦٥) (الحاكم/ المستدرك/ ج٤ص١٠٥/ ح٧٠٢٥) (سنن البيهقي الكبرى/ ج١٠ ص٨٦/ ح١٩٩٤٠) (السنن الكبرى للنسائي/ ج٥ص١١٧/ ح٨٤٢٠) (ورواه البزار ، والطيالسي، وأبو يعلى ، والطبراني) .

(٢) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص٢٢٣) .

(٣) (البابرتي/ العناية/ ج٥ص٤٠٩) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٣٨) .

(٤) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٤ص٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص١٨٢) .

(٥) (مالك/ المدونة/ ج٤ص٦٦٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٩٨) .

(٦) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣١٦) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص١٩٨) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٢٨٠) .

(٧) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٣٨) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص٢٩٩) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ ص٣٥٤) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٥٢٨) .

العقوبات سواء أكانت من الحدود أم من التعزير[1] .

واستثنى البُلقيني[2] من القذف أن من له إسقاط حد القذف باللعان لا يجوز القضاء عليه لتمكنه من إسقاطه ، والقاضي إنما يقضي بالأمر اللازم ، وهذا ليس بلازم[3] .

أما ما فيه حقان كالسرقة فالشافعية لهم فيه ثلاثة أقوال :

الأول : أنه يقضي فيه بالمال لا القطع .

والثاني : جواز القضاء مطلقاً كالأموال .

والثالث : منع القضاء مطلقاً لخطر الدماء ، والحد يسعى في دفعه ولا يوسع بابه ، وحقوقه تعالى المالية كحقوق الآدميين على المذهب[4] .

وعند الحنابلة : أنه يقضى عليه في الأموال المسروقة ؛ لأنها حق لآدمي ، وكذلك المهر في الزنا ، أما حق الله تعالى فلا يقضى عليه فيه [5]. وهم بهذا يرون أن القصاص يقضى فيه مع الغيبة لأنه عندهم حق لآدمي .

واستدل هذا الفريق بما يلي :

١- أن النبي ﷺ حكم على العرنيين الذين قتلوا الرعاة وكانوا غائبين[6] .

---

(١) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣١٦) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٢٨٠) .

(٢) البُلقيني : عمر بن رسلان بن نصير ، شيخ الإسلام سراج الدين أبو حفص الكناني البلقيني ، ولد في ٧٢٤هـ ، ولي قضاء الشام ، ثم استعفي وتفرغ للتدريس ، ورجع لمصر وبنى مدرسة بالقاهرة ، ت ٨٠٥هـ ، ودفن بالمدرسة التي بناها . انظر : (ابن قاضي شهبة/ طبقات الشافعية/ ج٤ص٣٦) .

(٣) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣١٦) .

(٤) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٢٨٠) .

(٥) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص٢٩٩) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٥٢٨) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ ص٣٥٤) .

(٦) (البخاري/ الجهاد والسير/ باب إذا حرق المشرك المسلم هل يحرق/ ح٣٠١٨) (مسلم/ القسامة والمحاربين والقصاص والديات/ باب حكم المحاربين والمرتدين/ ح١٦٧١) (الترمذي/ الطهارة/ باب ما جاء في بول ما يؤكل لحمه/ ح٧٢) (النسائي/ الطهارة/ باب بول ما يؤكل لحمه/ ح٣٠٥) (أبو داود/ الحدود/ باب ما جاء في المحاربة/ ح٤٣٦٤) (ابن ماجه/ الحدود/ باب من حارب وسعى في الأرض فساداً/ ح٢٥٧٨) (أحمد/ عن أنس بن مالك/ ح١١٦٣١، ١٢٢٢٨، ١٢٢٥٧) .

٢- أن النبي ﷺ حكم على أهل خيبر بأن يقسم أولياء عبد الله بن سهل ، وأنهم كانوا غائبين[١] .

٣- أن حق الله تعالى مبني على المسامحة والدرء لاستغنائه سبحانه ، بخلاف حق الآدمي[٢] ، وأن النبي ﷺ يقول : « ادرؤوا الحدود بالشبهات ما استطعتم »[٣] .

٤- أن القصاص والقذف حقوق للآدمي ، فأشبه المال[٤] .

---

(١) (البخاري/ الديات/ باب القسامة/ ح٦٨٩٩) (مسلم/ القسامة والمحاربين والقصاص والديات/ باب القسامة/ ح١٦٦٩) (الترمذي/ الديات/ باب ما جاء في القسامة/ ح١٤٢٢) (أبو داود/ الديات/ باب القتل بالقسامة/ ح ٤٥٢٠) (ابن ماجه/ الديات/ باب القسامة/ ح٢٦٧٧) (الدارمي/ الديات/ باب في القسامة/ ح٢٣٥٣) (أحمد/ عن سهل بن أبي حثمة وعن رافع بن خديج/ ح٢٧٧٥١، ١٦٨٢٥) (مالك/ القسامة/ باب تبدئة أهل الدم في القسامة/ ح١٦٣٠) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣١٦) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٣٨) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى / ج٦ص٥٢٨) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٢٨٠) .

(٣) (الترمذي/ الحدود/ باب ما جاء في درء الحد/ ح١٤٢٤، بلفظ : « ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلّوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة» . قال أبو عيسى : حديث عائشة لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ ، ورواه وكيع عن يزيد بن زياد نحوه ولم يرفعه ، ورواية وكيع أصح ، وقد روي نحو هذا عن غير واحد من أصحاب النبي ﷺ أنهم قالوا مثل ذلك ، ويزيد بن زياد الدمشقي ضعيف في الحديث ، ويزيد بن أبي زياد الكوفي أثبت من هذا وأقدم) (ابن ماجه/ الحدود/ باب التسر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات/ ح٢٥٤٥ ، بلفظ : « ادفعوا الحدود ») (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٢٣٨/ ح١٦٨٣٤ ، بأكثر من رواية ، وذكر المنقطع منها والمتصل) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص٥١١/ ح٢٨٤٩٣، ٢٨٤٩٤، ٢٨٤٩٦، ٢٨٤٩٧، ٢٨٤٩٨، ٢٨٥٠٢) ، وكلها روايات موقوفة على الصحابة والتابعين يرحمهم الله .

يقول المباركفوري في تحفة الأحوذي : « وما في الباب وإن كان فيه المقال المعروف ، فقد شدّ عضده ما ذكرناه ، فيصلح بعد ذلك للاحتجاج به على مشروعية درء الحدود بالشبهات المحتملة لا مطلق الشبهات » . (مباركفوري/ تحفة الأحوذي/ ج٤ص٥٧٤) .

(٤) (مالك/ المدونة/ ج٤ص٦٦٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٩٨) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٣١٦) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٢٨٠) .

القول الثالث : يجوز القضاء على الغائب سواء أكان حقاً لله تعالى أم حقاً للعبد . وهو قول ابن حزم الظاهري[1] .

وذكر أدلة عديدة كثيرة ، وأقتصر منها على ما يمكن أن يفيد فيما نحن فيه من القضاء على الغائب في الجزائيات :

١- استدل بعمومات النصوص الواردة بالأمر بالعدل وإقامة الحدود وإرجاع الحقوق لأصحابها ، ومنها قوله تعالى : ﴿ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ ﴾[2]. ولم يخص تعالى حاضراً من غائب[3].

وقوله تعالى : ﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ ﴾[4]. ولم يخص تعالى حاضراً من غائب، فصح وجوب الحكم على الغائب ما هو على الحاضر[5] .

٢- أن النبي ﷺ حكم على العرنيين الذين قتلوا الرعاء وسملوا أعينهم ، وفروا ، فأتبعهم بقائف[6] وهم غيب حتى أدركوا واقتص منهم[7] .

٣- أن النبي ﷺ حكم على أهل خيبر وهم غيب بأن يقيم الحارثيون أولياء عبد الله بن سهل رضي الله عنه البينة ، أو يحلف خمسون منهم على قاتله من أهل خيبر ويسلم إليهم ، أو يؤدوا ديته ، أو يحلف خمسون من يهود أنهم ما قتلوه ويبرؤون[8] .

٤- ما روي أن رجلاً كان مع أبي موسى الأشعري ، وكان ذات صوت ونكاية في العدو ، فغنموا ، فأعطاه أبو موسى الأشعري بعض سهمه ، فأبى أن

---

(١) (ابن حزم/ المحلى/ ج٨ص٤٣٤) .

(٢) (سورة النساء ، آية رقم ١٣٥) .

(٣) (ابن حزم/ المحلى/ ج٨ص٤٣٨) .

(٤) (سورة الطلاق ، آية رقم ٢) .

(٥) (ابن حزم/ المحلى/ ج٨ص٤٣٨) .

(٦) القائف : الذي يقوف الآثار ويتبعها . (الخطابي/ غريب الحديث/ ص٧٠٠) .

(٧) سبق تخريجه . انظر ص٢٨٥.

(٨) سبق تخريجه . انظر ص٢٨٦.

يأخذ إلا جميعاً ، فضربه عشرين سوطاً وحلق رأسه ، فجمع شعره ورحل إلى عمر ، فدخل عليه . قال جرير بن عبد الله : وأنا أقرب الناس مجلساً من عمر ، فأخرج شعره فضرب به صدر عمر ، وقال : أما والله لولا . فقال عمر : لولا ماذا ؟ صدق والله ، لولا النار . فقال : كنت ذا صوت ونكاية في العدو ، ثم قص قصته على عمر ، فكتب عمر إلى أبي موسى أن فلاناً قدم علي فأخبرني بكذا وكذا ، فعزمت عليك إن كنت فعلت به ذلك في ملأ من الناس لما جلست له في ملأ من الناس حتى يقتص منك ، وإن كنت فعلت به ذلك في خلاء لما جلست له في خلاء حتى يقتص منك ، فقال له الناس : اعف عنه . فقال : لا والله لا أدعه لأحد ، فلما قعد أبو موسى للقصاص رفع رأسه إلى السماء ، وقال : اللهم قد عفوت عنه [1] .

الرأي الراجح :

بعد عرض أقوال العلماء في هذه المسألة ، يظهر أن الرأي القائل بمنع القضاء على الغائب في الجزائيات هو الراجح ، والله أعلم ؛ وذلك أن الأدلة التي استدل بها أصحاب هذا القول أقوى سنداً ومتناً في الدلالة على موضوع الخلاف[2] .

وأبدأ بمناقشة الأدلة المتشابهة عند الفريق الثاني والثالث .

أما ما روي في قصة حكم النبي ﷺ على العرنيين ، فهي رواية صحيحة ،

---

(١) (ابن حزم/ المحلى/ ج٨ص٤٣٩، ٤٤٠) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٥٠/ ح١٥٨٠٦) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٧ ص٦/ ح٣٣٨٢٦) .

(٢) حاول ابن حزم أن يطعن في صحة الأحاديث الواردة في المنع ، كحديث الترمذي ، فذكر أن فيه سماك ابن حرب، وقال إنه يقبل التلقين ، إلا أن جملة من العلماء وثقوه ، وقد روى عنه مسلم وابن خزيمة وابن حبان والترمذي والدارمي وأبو داود والنسائي وابن ماجه والحاكم في مستدركه ، وسائر مصنفات السنن .

وخلاصة القول فيه ما ذكره العجلي إذ يقول : « سماك بن حرب البكري الكوفي ، تابعي جائز الحديث ، وكان له علم بالشعر ، وكان فصيحاً ، إلا أنه كان في حديث عكرمة ربما وصل الشيء عن ابن عباس ، وربما قال : قال رسول الله ﷺ ، وكان سفيان الثوري يضعفه بعض الضعف ، وكان جائز الحديث لم يترك حديثه أحد ، ولم يرغب عنه أحد » . (العجلي/ معرفة الثقات/ ج١ص٤٣٦) .

والخبر فيها صحيح ، إلا أن الاستدلال بها على القضاء على الغائب في العقوبات ليس في مكانه ، ففي رواية البخاري وفي كثير من الروايات التي أوردتها كتب السنة جاءت الحادثة مروية على النحو التالي :

« أن رهطاً من عكل ، ثمانية قدموا على النبي ﷺ فاجتووا[1] المدينة ، فقالوا : يا رسول الله أبغنا رِسْلاً[2] . قال : ما أجد لكم إلا أن تلحقوا بالذود[3] ، فانطلقوا فشربوا من أبوالها وألبانها حتى صحوا وسمنوا ، وقتلوا الراعي واستاقوا الذود وكفروا بعد إسلامهم ، فأتى الصريخ[4] النبي ﷺ، **فبعث الطلب، فما ترجل النهار[5] حتى أتى بهم** فقطع أيديهم وأرجلهم، ثم أمر بمسامير فأحميت ، فكحلهم بها وطرحهم بالحرة يستسقون فما يسقون ، حتى ماتوا ، قال أبو قلابة : قتلوا وسرقوا وحاربوا الله ورسوله ﷺ وسعوا في الأرض فساداً »[6].

فقد أثبتت الروايات الصحيحة أن النبي ﷺ بعث وراءهم من يأتي بهم ، فأتى بهم فأقام عليهم العقوبة ، فكيف يستدل أصحاب القول الثاني والثالث بها على جواز الحكم على الغائب ؟

فإن قالوا : إن هناك روايات أخرى لم تذكر أنه أتى بهم .

كان الجواب : أن المثبت مقدم على النافي ، وتقديم المثبت على غير النافي من باب أولى، وإعمال النص أولى من إهماله، فهذه زيادة في الصحاح وجب الأخذ بها.

وكذلك الحال في حكم النبي ﷺ على أهل خيبر ، وهو حديث صحيح ، إلا

---

(١) اجتووا : أصابهم الجوى ، وهو داء البطن إذا تطاول ، فيفسد الجوف . (ابن منظور/لسان العرب/ ج١ص٥٣) .

(٢) الرِّسْل : القطيع من كل شيء ، والجمع أرسال . (ابن منظور/لسان العرب/ج١١ص٢٨١) .

(٣) الذود : ما بين الثلاثة إلى العشرة من الإبل . (الفيروزآبادي/القاموس المحيط/ص٣٥٩) .

(٤) الصريخ : صوت المستغيث . (ابن منظور/لسان العرب/ج٣ص٣٣) .

(٥) ترجل النهار : ارتفع . وكذا ارتجل النهار . (ابن منظور/لسان العرب/ج١١ص٢٧٢) .

(٦) سبق تخريجه . انظر ص٢٨٥ .وفي حديث عند مسلم أن ﷺ إنما سمل عيونهم لأنهم سملوا أعين الرعاء. أنظر مسلم / القسامة/ باب حكم المحاربين والمرتدين/ ح ١٦٧١)

أن بعض الروايات الصحيحة أثبتت زيادة على ما احتج به المجيزون للقضاء على الغائب في العقوبات .

ففي رواية البخاري أن النبي ﷺ لما جاءه الأنصار قال لهم : « بمن تظنون ، أو من ترون قتله ؟ قالوا : نرى أن اليهود قتلته ، **فأرسل إلى اليهود فدعاهم** ، فقال : أنتم قتلتم هذا ؟ قالوا: لا ... » الحديث[1] .

فقد أثبتت الرواية أن النبي ﷺ دعا اليهود ، فكيف يكون حكماً على الغائب.

وفي رواية عند البخاري ومسلم وأبي داود وابن ماجه ومالك ، أن النبي ﷺ **كتب إلى اليهود بذلك ، فكتبوا : إنا والله ما قتلناه ، فقال النبي ﷺ ما قاله ...** .

فهذه الروايات تعارض ما يحتج به هذا الفريق ، فإن دعوتهم كما هو في الرواية الصحيحة أو حتى الكتابة إليهم في الروايات الأخرى سائلاً عن قولهم فيما نسب إليهم لا يعتبر قضاءً على الغائب . ومثله كذلك قصة أبي موسى الأشعري ، فإن عمر رضي الله عنه كتب إليه ولم يحكم عليه ، بل ترك أمر الإثبات في الواقعة على أبي موسى نفسه ، وأقسم عليه بالله ، لعلمه أنه يصدقه في ادعاء هذا المدعي ، ولو أن أبا موسى أنكر لما كان لعمر رضي الله عنه أن يحكم عليه دون سماعه من الطرف المدعى عليه ، فقد يكون المدعي كاذباً ، فكيف يصح القضاء على المدعى عليه مع احتمال كذب المدعي .

أما قولهم : إن حق الله تعال مبني على المسامحة وحق الآدمي مبني على المماحكة والمشاحة ، فإنه قول صحيح ، وتطبيقاً لهذا القول وجب الاحتياط لحق العبد المدعى عليه في أن تكون له حجة غائبة أو شبهة تدفع عنه العقوبة .

وكذلك الأمر في القصاص والقذف ، فإنهما لا يتمحضان حقاً للعبد ، وإنما فيهما حق لله تعالى ، وإن أردنا تطبيق المسامحة في حق الله كان لازم ذلك أن يسقط الحد ، ويبقى حق العبد ليحكم به ، إلا أنهم لا يقولون بهذا .

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص٢٨٦ .

أما ترجيح منع الحكم على الغائب في حق الله تعالى وحق الآدميين في العقوبات؛ فإن ذلك راجع إلى أمر آخر ، وهو أن الحكم القضائي إذا صدر في محله موافقاً لشرطه ، كان غير قابل للنقض .

فلو حكمنا على الغائب بما هو عقوبة ، ثم جاء الغائب وأراد أن ينقض الحكم الصادر بحقه ، لما وسعه ذلك ، إلا أن يكون النقض من جهة أخرى غير كونه غائباً وقت الحكم عليه . وعندها يصبح ملزماً بنتيجة الحكم ، وقد يكون فيه ظلم .

أما إن قلنا بأنه لا يقضى على الغائب في العقوبات ، فإن حق صاحب الحق يبقى موجوداً ، وحق المدعى عليه يبقى كذلك .ما دام أنه يسلك طريق الدعوى في طلب الحق لا طريق الشهادة .

أو أن يقبل الحكم عليه مع غيابه ، لكن إذا ظهر أو حضر فإننا نترك له المجال للطعن في الحكم بسبب الغيبة ، لاحتمال الشبهة .

أما إن كان حضور الغائب مماثلاً لعدم حضوره ، فيجوز الحكم عليه حتى في العقوبات . ومن ذلك على سبيل المثال : أن يكون مع غيابه مقراً بما حصل ، ومشهداً على ذلك بالشهود العدول ، وكان يتابع إقراره بإقرار ، ومجاهرته بمجاهرة ، فيحكم عليه حتي ولو كان الأمر متعلقاً بعقوبة .

ومثله من ينعدم محل إنكاره عقلاً ، فيحكم عليه كذلك .

ومع ذلك فإذا حضر وأراد إظهار حجة دافعة لما اتهم به ، كان له ذلك ، ويرفع إلى من له النظر في حكم القاضي الأول ليرى مكانة ما جاء به من حجج .

المطلب الثالث
التوكيل بالخصومة

التوكيل بالخصومة من حيث الأصل جائز عند الفقهاء ، إلا أن أحكام هذا التوكيل مختلفة من مذهب إلى مذهب .

وليس المقصود هنا استقصاء مباحث التوكيل بالخصومة ، فهي عديدة وكثيرة[(١)] ، وإنما المقصود التطرق إلى بعض الحالات التي لها علاقة بموضوعنا .

وأبدأها بمدى جواز التوكيل بالخصومة في الحدود والقصاص والتعازير .

وبدايةً إن التعزير يجوز التوكيل فيه إثباتاً واستيفاءً ، غائباً كان الموكل أو حاضراً ، باتفاق[(٢)] .

أما الحدود والقصاص ، فإن كان الموكل حاضراً ، فإن التوكيل كذلك جائز باتفاق في الإثبات ، ولا خلاف في جوازه ؛ لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره ، فصار كأنه متكلم بنفسه[(٣)] . ومثله كذلك الاستيفاء ، لا خلاف في جوازه[(٤)] .

أما الخلاف فحصل في التوكيل في الحدود والقصاص حال كون الموكِّل غائباً .

---

(١) ومنها : توكيل المدعي وتوكيل المدعى عليه ، وتوكيل الحاضر أو الغائب أو المعذور ، وتوكيل المدعى عليه الحاضر أو الغائب أو المعذور ، أو التوكيل في الحدود وما هو حق لله ، أو التوكيل في القصاص والقذف وما هو حق للآدمي في الغالب ، والتوكيل في كل ذلك إثباتاً أو استيفاءً ، وتداخل هذه المسائل فيما بينها ليس من صلب الموضوع .

(٢) انظر : (البابرتي/ العناية/ ج٧ص٥٠٤) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٥٦٤) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٢٧٧) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص٢٥٥) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٧٩) (البابرتي/ العناية/ ج٧ص٥٠٤) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ ص٢٥٥) .

(٤) (العبادي/ الجوهرة النيرة/ ج١ص٢٩٨) (البابرتي/ العناية/ ج٧ص٥٠٤) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ ص٢٥٥) .

فأجازها فريق ، وهم المالكية والحنابلة وقول أبي حنيفة ، وقول عند الشافعية[1] .

مستدلين بما يلي :

١- أنه ليس كل واحد يهتدي إلى وجوه الخصومات ، فقد لا يحسن الخصومة[2] .

٢- أن خصومة الوكيل تقوم مقام خصومة الموكل[3] .

٣- أن الخصومة شرط محض ؛ لأن الوجوب مضاف إلى الجناية ، والظهور إلى الشهادة ، والشرط المحض حق من الحقوق ، يجوز للموكل مباشرته ، فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق ؛ لقيام المقتضى وانتفاء المانع .

ولا يقال المانع -وهو الشبهة- موجود كما في الاستيفاء ، والشهادة على الشهادة ؛ ذلك لأنها في الشرط لا يصلح مانعاً ، لعدم تعلقه بالوجوب ، والظهور والوجود بخلاف الاستيفاء ، فإنه يتعلق به الوجود ، وبخلاف الشهادة على الشهادة ، فإنه يتعلق بها الظهور[4] .

أما الفريق الآخر ، وهو أبو يوسف من الحنفية وقول عند الشافعية[5] ؛ فيرى أنه لا يجوز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص حالة الغيبة .

واستدلوا على ذلك بأنها نيابة ، فيتحرز عنها في هذا الباب كالشهادة على الشهادة ، فهي كالشبهة لا يجوز إقامة الحد معها[6] .

ويبدو أن الراجح من بينهما من قال بجواز ذلك ؛ لقول الفريق الأول إن

---

(١) (البابرتي/ العناية/ج٧ص٥٠٤) (الزيلعي/ تبيين الحقائق /ج٤ص٢٥٥) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ج٢ص ٢٦٢) .

(٢) (البابرتي/ العناية/ج٧ص٥٠٤) .

(٣) (البابرتي/ العناية/ج٧ص٥٠٤) .

(٤) (البابرتي/ العناية/ج٧ص٥٠٤) (الزيلعي/ تبيين الحقائق /ج٤ص٢٥٦) .

(٥) (العبادي/ الجوهرة النيرة/ج١ص٢٩٨) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ج٢ص٢٦٢) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج ٤ص٢٥٥) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٢٧٧) .

(٦) المراجع السابقة .

التوكيل في ذلك لا يعني الوجوب ولا الظهور ولا الوجود ، ذلك أن التوكيل بالخصومة من الغائب لا تعني إقامة الحد أو القصاص ، وإنما هي بداية عملية التخاصم ، ثم متابعة ما يلزم موكله سواء أكان إثباتاً أم نفياً ، ولا يثبت بهذا التوكيل حكم على الموكل كما هو في الشهادة على الشهادة، ولا يوصف بأنه شبهة حتى تدرأ بها الحدود ؛ لأن التوكيل غير البينة وغير الإقامة .

ثم لا بد من بيان أن ذلك كله في توكيل المدعى عليه غيابياً لمن يقدر على الحضور ولم يحضر ولا عذر له في ذلك ، ثم إن ذلك في الحقوق المشتركة من الجزائيات ما لم تكن حدّاً ، فإن كان حداً من حدود الله تعالى ، وكان الموكل غيابياً مدعياً ، فالصحيح عند جمهور الفقهاء أنه لا تصح الوكالة فيه ، لأنها مبنية على الدرء[1] . إلا أن الشافعية أجازوا ذلك تبعاً لا أصالةً ، كأن يقذف شخص آخر فيطالبه بحد القذف ، فله أن يدرأه عن نفسه بإثبات زناه بالوكالة وبدونها ، فإذا ثبت أقيم عليه الحد[2] .

أما التوكيل بالخصومة ، فهل يشترط في قبولها أن يرضى الخصم بهذه الوكالة؟

لقد اختلف العلماء فيها كذلك على قولين :

القول الأول : وهو قول الجمهور[3] ، أنه لا يشترط رضا الخصم بقبول توكيل خصمه غيره .

واستدلوا على ذلك بأن التوكيل بالخصومة صادف حق الموكل ، فلا يقف على رضا الخصم ، كالتوكيل بأي حق آخر ، فالدعوى حق المدعي ، والإنكار حق المدعى عليه ، فقد صادف التوكيل من المدعي والمدعى عليه حق نفسه ، فلا يقف

---

(١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٢ص٢٦٢) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٢ص٢٦٢) .

(٣) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص٢٢) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٦١٥) (العبادي/ الجوهرة النيرة/ ج١ص ٢٩٨) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٣ص٤٠٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٢ ص٢٦٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٤٤) .

على رضا خصمه ، كما لو كان خاصمه بنفسه[1] .

القول الثاني : وهو قول أبي حنفية ؛ فقد اشترط رضا الخصم ، إلا أن يكون مريضاً أو مسافراً ، فلم يشترطه . وقد خالفه صاحباه وكانا مع الجمهور[2] .

أما دليله : فهو أن الحق هو الدعوى الصادقة والإنكار الصادق ، ودعوى المدعي خبر يحتمل الصدق والكذب والسهو والغلط ، وكذا إنكار المدعى عليه ، فلا يزداد الاحتمال في خبره بمعارضة خبر المدعي ، فلم يكن كل ذلك حقاً ، فكان الأصل أن لا يلزم به جواب ، إلا أن الشرع ألزم الجواب لضرورة فصل الخصومات، وقطع المنازعات المؤدية إلى الفساد وإحياء الحقوق الميتة ، وحق الضرورة يصير مقضياً بجواب الموكل ، فلا تلزم الخصومة عن جواب الوكيل من غير ضرورة ، مع ما أن الناس في الخصومات على التفاوت ، بعضهم أشد خصومة من الآخر ، فربما يكون الوكيل ألحن بحجته فيعجز من يخاصمه عن إحياء حقه ، فيتضرر به ، فيشترط رضا الخصم ليكون لزوم الضرر مضافاً إلى التزامه ، وإذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً فهو عاجز عن الدعوى وعن الجواب بنفسه ، فلو لم يملك النقل إلى غيره بالتوكيل لضاعت الحقوق وهلكت ، وهذا لا يجوز[3] .

والراجح من بينهما قول الجمهور ، وذلك من عدة وجوه :

١- أما ما يتخوفه الفريق المانع فيمكن تداركه بإجازة التوكيل بالخصومة للطرف المقابل، وبذا إن خاف من وكيل خصمه ، كان له توكيل من يشاء في خصومته .

وبهذا أخذت مجلة الأحكام العدلية إذ نصت في المادة (١٥١٦) : « لكل من

---

(١) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص٢٢) .

(٢) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٣ص٤٠٤) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٦١٥) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٢ص٢٦٢) .

(٣) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص٢٢) .

المدعي والمدعى عليه أن يوكل من شاء بالخصومة ولا يشترط رضا الخصم »[1].

٢ - ما روي عن عبد الله بن جعفر -رضي الله عنهما- أن سيدنا علياً كرم الله وجهه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول : « إن لها قُحَماً[2] يحضرها الشياطين » ، فجعل الخصومة إلى عقيل رضي الله عنه ، فلما كبر ورق (عقيل) حولها إليّ ، وكان يقول كرم الله وجهه : « ما قضي لوكيلي فلي ، وما قضي على وكيلي فعليّ »[3].

وقد أراد الحنفية الجواب عن أبي حنيفة رحمه الله في هذا الأثر ، فقالوا : إن الرضا بوكالته في الخصومة معلومة مسبقاً ، فليس هناك من يعترض على هذه الوكالة[4] ، إلا أن النص أعم من ذلك ولا يمكن معرفة الرضا من الخصم قبل حصول الخصومة .

ثم إن الفقهاء الذين قالوا بقول أبي حنيفة أخذوا يتوسعون في الصور التي تلحق بالمرض والسفر ، والتي يجوز معها التوكيل بالخصومة ، وقالوا منها :

أ - المرأة المخدرة : وهي التي لم تجر عادتها بالبروز ومخالطة الرجال ، وبضدها المبرزة التي تخرج لحوائجها ، فقالوا : إن المخدرة يكون لها وكيل في الخصومة ولا يمنع الزوج الخصم أن يطالب وكيل امرأته ، واستوى في ذلك أيضاً كون المرأة بكراً أو ثيباً[5] .

---

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٣ص٦٣٣) (لجنة المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص٢٩٤) .

(٢) القحم : الأمور العظيمة الشاقة ، وقيل المهالك . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ص٤٦٣) .

(٣) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص٢٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٩/ ص٣) (البابرتي/ العناية على الهداية/ ج٧ ص٤٠٥) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص٢٥٥) (العبادي/ الجوهرة النيرة/ ج١ص٢٩٨).

(٤) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص٢٢) (البابرتي/ العناية على الهداية/ ج٧ص٥٠٤) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ ص٢٥٥) .

(٥) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ص٢٥٥) (العبادي/ الجوهرة النيرة/ ج١ص٢٩٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص ١٤٤) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٦١٥) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٥ ص١٨٦) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٤٧) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص٢٢) .

ب - وبعض الفقهاء صرح بوجوب التوكيل لا بجوازه ؛ لأنهم نصوا على منعها من مباشرة الخصومة حالة أن تكون ذات منظر أو ذات منطق رخيم[١] .

ج - المرأة الحائض : إذا كان الحكم في المسجد ، إلا إذا أخرها الطالب لحين خروج القاضي من المسجد ، فقالوا لا توكل[٢] .

د - الرجل المحبوس : فإنه عذر يجوز معه التوكيل ، إلا أن يكون محبوساً في سجن القاضي ، فلا يوكل ، فيجيب عن الدعوى ثم يعاد ، وإن كان مدعياً يدعي إن لم يؤخر دعواه ثم يعاد[٣] .

هـ - الرجل ذو الهيئة : فقد كره مالك الخصومة لذوي الهيئات من الرجال[٤] .

و - الرجل الحاضر الذي لا يقدر على إظهار حجته ، فله أن يوكل . إلا أن بعض الفقهاء اشترط ألا يكون قد قعد مع خصمه ثلاثة مجالس ، فإن فعل لم يكن له بعد ذلك أن يوكل إلا برضا الخصم ، إلا أن يمرض أو يسافر ويعرف ذلك ، واختلفوا في تحليفه على ذلك ، والسبب في هذا التحديد أن اللدد فيه ظاهر ، وأن المراد أن يحدث ما فيه تشغيب[٥] .

فبعد هذه الاستثناءات لم يبق إلا القليل ، ويمكن اجتناب المحذور عندهم بما ذكرت من السماح للخصم بتوكيل من يشاء .

أما باقي أحكام الوكالة في الخصومة ، فهي أن الوكالة في الخصومة تتخصص بالتخصيص ، ويمكن أن تكون عامة كذلك[٦] .

---

(١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٥٠) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص ٣٣٤) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٤٤) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٦١٥) (العبادي/ الجوهرة النيرة/ ج١ ص٢٩٨) .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٤٤) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٦١٥) .

(٤) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٨) .

(٥) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٥ص١٨٥) .

(٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٤٤) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص٢٢) .

ولو وكله بكل حق هو له وبخصومته في كل حق له ولم يعين المخاصم به والمخاصم فيه جاز[1] . ولو قام الوكيل بالإقرار عنه فلا يصح إقراره[2] . وهذا في الأموال ، فكيف بالحدود والجنايات .

ونص الشافعية على أن الوكيل ينعزل إذا أقر بالمدعى به[3] ، وذلك حالة إطلاق لفظ التوكيل؛ وكل ذلك لأن فيه شبهة عدم الأمر به ، وقد أخذت المجلة برأي الشافعية في هذا[4] .

أما إن كانت الوكالة نصت على الإقرار صحّ إقراره .

وأرجع الحنفية والمالكية ذلك إلى لفظ التوكيل ، فإن نص على الإقرار جاز إقراره ، وإن وكله بالخصومة ولم يذكر سوى ذلك ، فإنه يصير وكيلاً في الإقرار إلا في حدٍّ أو قصاص[5] .

الخلاصة في التوكيل بالخصومة :

مما سبق علمنا أن العلماء سمحوا بالتوكيل بالخصومة من حيث الأصل ، وما اشترطوه في هذا التوكيل له علله وحججه وأدلته .

إلا أن معظم الحالات التي يناقشها العلماء تتحدث عن خصمين ، طالب ومطلوب ، ويكون ذلك بناء على وجود مصالح للطرفين ، يوكل أحدهما غيره لتحصيلها أو للحفاظ عليها.

---

(١) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٣ص٤٨٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٤٤) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص ٢٢) .

(٢) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٣ص٤٠٤) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٣ص٤٨٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٣ص ٦٣٧، ٦٣٨) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٢ص٢٧٣) (ابن قدامة/ المغني/ ج٥ص٥٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٢٧٧) (البابرتي/ العناية/ ج٧ص٥٠٦) .

(٣) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٣ص٤٠٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٢ص٢٧٣) .

(٤) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٣ص٦٣٧). مادة (١٥١٨) نصت: أنه ينعزل إذا أقر أمام الحاكم دون إذن.

(٥) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٦١٥) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٦ص٦٩) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٢٧٧) .

وبسبب هذه المصالح المتضاربة منع الفقهاء عدة أمور ، ومنها : توكيل أكثر من واحد للخصومة ، وكذلك توكيل الوكيل غيره ، وكذا كل ما يؤدي إلى الإضرار بالموكل أو بطرف الخصومة الآخر ، وليس مجال بحثنا التطرق إليها .

إلا أن من أهم أسباب التوكيل بالخصومة هو العجز عن المخاصمة ، سواء بغياب الموكل أو بعدم قدرته على إظهار حجته ، ولذلك منعوا المخدرة من الخروج للقضاء ، فإنها لو حضرت لم يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها [1]، ولذلك لم يفرقوا بين البكر والثيب ؛ لأن صفة التخدير فيها تمنعها من الكلام في الحالين .

وقد نص الفقهاء على هذا السبب ، فقالوا : إنه قد يكون عاجزاً عن إثبات حقه بنفسه . أو أن يكون قليل الهداية ، وإن القاضي إذا علم أن الموكل عاجز عن البيان في الخصومة بنفسه فإنه يقبل منه التوكيل[2] .

ومع علمنا بأن الناس يتفاوتون في الخصومة ، فكان في التوكيل بالخصومة مخرجاً من هذا التفاوت ، وقد قال النبي ﷺ في الحديث المشهور : « ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضي له على نحو ما أسمع ... » الحديث[3] .

فقد أثبت الحديث القدرة عند بعض الناس في إظهار الخصومة دون الآخر ، ولذلك كان التوكيل في مثل هذه الحالة سبيلاً إلى إظهار العدل وإحقاق الحق .

وفي الحدود والقصاص تبدو الحاجة لذلك بصورة أكبر ؛ ذلك أن عدم قدرة الخصم على إثبات الحجة وإظهار الدليل قد يؤدي إلى فوات نفس أو عضو ، فكان

---

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٤٤) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٦ص٢٢) .

(٢) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٦١٥) (البابرتي/ العناية على الهداية/ ج٧ص٥٠٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٩ ص٤/ ج٢٦ص١٧٣) .

(٣) (البخاري/ الحيل/ باب إذا غصب جارية فزعم أنها ماتت/ ح٦٩٦٧) (مسلم/ الأقضية/ باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة/ ح١٧١٣) (النسائي/ آداب القضاة/ باب الحكم بالظاهر/ ح٥٤٠١) (أبو داود/ الأقضية/ باب في قضاء القاضي إذا أخطأ/ ح٣٥٨٣) (ابن ماجه/ الأحكام/ باب قضية الحكام لا تحل حراماً ولا تحرم حلالاً/ ح٢٣١٧) (أحمد/ عن أم سلمة/ ح٢٥٩٥٢، ٢٦٠٧٨، ٢٦٠٨٦، ٢٦١٧٧) (مالك/ الأقضية/ باب ما جاء في الشهادات/ ح١٤٢٤) .

من الضروري للخصم أن يوكل غيره ليرشده إلى كيفية التقاضي أمام القاضي .

وهذه الصورة وإن لم تكون معهودة في السابق كما هو الآن ، إلا أن هناك ما يؤشر أن القاضي كان يتدخل لإرشاد المدعى عليه وخصوصاً في الجزائيات مما هو حق لله ، فقد لقن النبي ﷺ ماعزاً حجته ، فقال له : « لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت »[1]، وقوله ﷺ لمن جاءه يقر بالسرقة ، فقال له : « ما إخالك سرقت »[2].

وكذلك ما روي عن أبي الدرداء أنه أتي بجارية قد سرقت ، فقال لها : أسرقت ؟ قولي لا. فقالت : لا ، فخلى سبيلها[3] .

وكل هذا نوع من الإرشاد ، وقد أخذ منه الشافعية حكماً وهو أن المدعى عليه إذا سكت عن الجواب لدهشة أو غباوة وجب على القاضي أن يشرح له الحال، وكذا لو نكل ولم يعرف ما يترتب على النكول ، يجب أن يشرح له ، ثم يحكم عليه بعد ذلك[4] .

أما التوكيل بالخصومة في أيامنا هذه في القضايا الجزائية وغيرها ، إنما هو مما يغضب وجه الله تعالى ، فبادئ ذي بدء نسمع قول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ

---

(١) (البخاري/ الحدود/ باب هل يقول الإمام للمقر لعلك لمست أو غمزت/ ح٦٨٢٤) (مسلم/ الحدود/ باب من اعترف على نفسه بالزنى/ ح١٦٩٣) (أبو داود/ الحدود/ باب رجم ماعز بن مالك/ ح٤٤٢١، ٤٤٢٥، ٤٤٢٦) (الترمذي/ الحدود/ باب ما جاء في التلقين في الحد/ ح١٤٢٧) (أحمد/ عن ابن عباس/ ح٢٤٢٩، ٢٦١٢، ٢٩٩١، ٢١٣٠، ٢٢٠٣، ٢٨٦٩، ٣٠٢٠) .

(٢) (النسائي/ قطع السارق/ باب تلقين السارق/ ح٤٨٧٧) (أبو داود/ الحدود/ باب في التلقين في الحد/ ح٤٣٨٠) (ابن ماجه/ الحدود/ باب تلقين السارق/ ح٢٥٩٧) (سنن الدارقطني/ ج٣ص١٠٣/ ح٧٢) (مصنف عبد الرزاق/ ج٧ ص٣٨٩/ ح١٣٥٨٣) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص٥٢٠مح٢٨٥٧٧) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٢٧٦/ ح ١٧٠٥٣) .

(٣) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٢٧٦/ ح١٧٠٥٥) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص٥١٩/ ح٢٨٥٧٤) (مصنف عبد الرزاق/ ج١٠ص٢٢٥/ ح١٨٩٢٢) (مسند ابن الجعد/ ص١٦٩/ ح١١٠٢) .

(٤) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٩٠) (البجيرمي/ حاشية البجيرمي/ ج٤ص٣٩٨) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٤١٠) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ص٤١٧، ٤٢٤) (البجيرمي/ البجيرمي على الخطيب/ ج٤ ص٤١٦) .

خَصِيمًا ﴾[1] ، قال المفسرون في هذه الآية إنه يحرّم على المرء أن يخاصم عن الخائن الظالم الذي ينتهك حرمات الله تعالى[2] . ونصوا على أن الوكالة لا تصح ممن علم ظلم موكله في الخصومة .

بل قالوا : لا يجوز لأحد أن يخاصم عن غيره في إثبات حق أو نفيه وهو غير عالم بحقيقة أمره[3] .

وقد روى أبو داود عن ابن عمر ، أن رسول الله ﷺ قال : « من خاصم في باطل وهو يعلم ، لم يزل في سخط الله حتى ينزع »[4] .

وفي لفظ آخر : « من أعان على خصومة بظلم فقد باء بغضب من الله »[5] .

وهذا الذم الشديد له شرطان :

(١) أن تكون المخاصمة في باطل.

(٢) أن يعلم أنه باطل .

فإن اختل أحد الشرطين فلا وعيد[6] ، وهذا هو الصحيح .

---

(١) (سورة النساء ، آية رقم ١٠٥) .

(٢) (الثعالبي/ تفسير الثعالبي/ ج١ص٤١٠) (الطبري/ تفسير الطبري/ ج٥ص٢٦٤) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج١ ص٦٢٦) .

(٣) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٣ص٤٨٣) (المرداوي/ الإنصاف/ ج٥ص٣٩٥) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٥ص ١٨٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٨٥) .

(٤) ينزع : يترك . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ص٣٤٩) .

(٥) (أبوداود/ الأقضية/ باب فيمن يعين على خصومة من غير أن يعلم أمرها/ ح٣٥٩٧) (أحمد/ عن ابن عمر/ ح٥٣٦٢) (الطبراني/ المعجم الأوسط/ ج٦ص٣٠٩/ ح٦٤٩١) (ابن ماجه/ الأحكام/ باب من ادعى ما ليس له وخاصم فيه/ ح٢٣٢٠) .

وترجم البخاري باباً في كتاب المظالم والغصب ، فقال : باب إثم من خاصم في باطل وهو يعلمه .

(أحمد/ عن ابن عمر/ ح٥٥١٩) (معجم أبي يعلى الموصلي/ ح٩٤) (الحاكم/ المستدرك/ ج٢ص٣٢/ ح٢٢٢٢) (ج٤ص١١١/ ح٧٠٥١) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٦ص٨٢/ ح١١٢٢٣) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٧ص٢١٨/ ح٣٥٤٨١) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١٢ص٣٨٨/ ح١٣٤٣٥) .

(٦) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص٨٤) .

وفي الطبراني عن أوس بن شرحبيل ، أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : « من مشى مع ظالم ليعينه وهو يعلم أنه ظالم ، فقد خرج من الإسلام »[1].

وفي رواية أبي داود ، عن عبد الله بن عمر ، أن النبي ﷺ قال : « من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضادّ الله في أمره ، ومن توكل في خصومة لا علم له بها لم يزل في معصية الله حتى ينزع »[2].

كل هذه النصوص وغيرها يحكم على ما نشاهده من صور التوكيل بالخصومة في هذا الزمن ؛ فقد صار في عرفنا أن التوكيل المرغوب للخصومة من حسنت مجادلته ، وطال لدده ، وعرف بمحايلته ، واشتهر باختراق القضاء، وبرّز في إطالة الخصومة ، حتى قطع رجاء خصومه في الوصول إلى حقهم، وصار ذلك كله معياراً للمحامي القدير، والوكيل بالخصومات الشهير. وصارت حجتهم في ذلك : انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً بالمفهوم الجاهلي لا بالمفهوم النبوي .

فالجاهلي يقول :

وما أنا إلا من غزية إن غوت ∴ غويت وإن ترشد غزية أرشد

والنبوي يقول : إن كان مظلوماً بأن تأخذ الحق له ، أما إن كان ظالماً بأن تردعه عن ظلمه[3] .

---

(١) (الشيباني/ الآحاد والمثاني/ ج٤ص٢٤٩/ ح٢٢٥٢) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١ص٢٢٧/ ح٦١٩) (المنذري/ الترغيب والترهيب/ ج٣ص١٣٨/ ح٣٤٠١) وذكر أنه ضعيف .

(٢) (أبو داود/ الأقضية/ باب فيمن يعين على خصومة من غير أن يعلم أمرها/ ح٣٥٩٧) (أحمد/ عن ابن عمر/ ح٥٣٦٢، ٥٥١٩) (مستدرك الحاكم/ ج٢ص ٣٢/ ح٢٢٢٢) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٦ص٨٢/ ح١١٢٢٣) (مسند الربيع/ ص٣٧٢/ ح٩٧٩) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص٤٧٣/ ح٢٨٠٧٩) (الجامع لمعمر بن راشد/ ج١١ ص٤٢٥/ ح٢٠٩٠٥) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١٢ص٢٧٠/ ح١٣٠٨٤) .

(٣) (البخاري/ المظالم والغصب/ باب أعن أخاك ظالماً أو مظلوماً/ ح٢٤٤٣) (الترمذي/ الفتن/ باب ما جاء في النهي عن سب الرياح/ ح٢٢٥٥) (أحمد/ عن الحسن البصري/ ح١١٥٣٨، ١٢٦٦٦) (صحيح ابن حبان/ ج١١ص٥٧٠، ٥٧١/ ح٥١٦٦) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٦ص٩٤/ ح١١٢٨٩/ ج١٠ص٨٩/ ح١٩٩٦٤) .

وتعمق المفهوم الجاهلي في حياتنا ، حتى نمت هذه المفاهيم المخالفة لشرع الله تعالى ، حتى وقعنا في المحظور .

ومن كان هذا حاله من الوكلاء بالخصومة ، فقد منعه الفقهاء في الشريعة من التوكل في القضايا أمام القاضي ، فقالوا : كل من ظهر منه عند القاضي لدد[1] أو تشغيب[2] في خصومة ، فلا ينبغي له أن يقبله في وكالة ، ولا يحل إدخال اللدد على المسلمين .

وقال ابن سهل[3]: والذي ذهب إليه الناس في القديم والحديث قبول الوكلاء، إلا من ظهر منه تشغيب ولدد ، فذلك يجب على القاضي إبعاده ، وأن لا يقبل له وكالة على أحد[4] .

فهذا فقهنا ، وهذا هو قول علمائنا ، وهذا هو ديننا .

ولننظر إلى الجاهلية القديمة الحديثة ، عندما تحاكمنا إلى قوانين الغرب وحياتهم ومفهومهم ونظرتهم للحياة ، فصرنا إلى ما صاروا إليه ، ونسينا أن شرعنا عظيم ، وديننا هو القويم ، واعتقادنا هو السليم ، ولهثنا وراء كل مدعٍ للحضارة والتحضر ، ونسينا أية حضارة أضعنا ، وأي ثروة فقدنا ، ونسألهم ما يسألهم الله تعالى : ﴿ أَفَحُكْمَ ٱلْجَٰهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ ٱللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾[5].

---

(١) اللدد : شدة الخصومة ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وهو ألدّ الخصام ﴾ [سورة البقرة ، آية رقم ٢٠٤] . (ابن منظور/ لسان العرب/ج٣ص٣٩١) .

(٢) التشغيب : تهييج الشر . (ابن منظور/لسان العرب/ج١ص٥٠٤) .

(٣) ابن سهل : عيسى أبو الأصبغ بن سهل بن عبد الله الأسدي ، كان جيد الفقه ، مقدماً في الأحكام ، له في الأحكام كتاب حسنٌ سمّاه : الإعلام بنوازل الأحكام ، وولي بقرطبة الشورى . ت ٤٨٦ هـ .

(٤) (الحطاب/ مواهب الجليل/ج٥ص١٨٦) (عليش/ فتح العلي المالك/ج٢ص٣٢٨) (عليش/ منح الجليل/ج٦ص ٣٦٣) .

(٥) (سورة المائدة ، آية رقم ٥٠) .

المبحث الرابع

الادعاء الجزائي في حق الله الخالص والحق المشترك

بعد تمييز الدعوى الجزائية عن غيرها ، وتمييز أطرافها ، وبعد ذكر الأحكام المتعلقة بهذه الأطراف ، يأتي دور الحديث في ذات الدعوى الجزائية ، وعن رأي العلماء فيها ، ثم الحديث عمن يتولى عملية الادعاء أمام القاضي .

وبذا يكون هذا المبحث موزعاً على مطلبين :

المطلب الأول : وجود الدعوى الجزائية .

المطلب الثاني : حق الادعاء الجزائي .

المطلب الأول

وجود الدعوى الجزائية

من المباحث السابقة يتأكد وجود الدعوى الجزائية عند الفقهاء . وقد سبق أن تم تعريفها وبيان ما يتعلق بأطرافها من أحكام .

إلا أن هذا التأكيد مقصور على الادعاء في الحقوق المشتركة كالقتل والسرقة ، فإن الفقهاء اتفقوا على وجود الدعوى الجزائية في مثل هذه الأنواع من الحقوق .

أما حق الله الخالص ، فإن القارئ في كتب الفقه يرى أن جمهور العلماء لم يقولوا بالادعاء فيها ، وصرحوا بمنع الادعاء في بعض المواضع ، وقصروا حقوق الله تعالى على شهادة الحسبة .

وقبل ذكر آراء السادة العلماء في هذه المسألة لا بد من توضيح الفارق بين الدعوى وبين الشهادة حسبةً .

١ - إن الدعوى تقبل ممن له الحق[1] ، فإن ادعى من لا حق له فيما يدعي به ، كانت دعواه غير مسموعة وغير صحيحة ، أما الشهادة حسبةً فتقبل من غير من له الحق .

وهذا يعيدنا إلى شرط الصفة في المدعي ، وشرط المصلحة في المدعى به ؛ فإن جاء من له صفة الادعاء فادعى ، قبلت دعواه ، وإلا فلا . وإذا جاء يشهد حسبةً من لا مصلحة له فيما يشهد به قبلت شهادته .

يقول صاحب مواهب الجليل : « قاعدةٌ : الإقرار والدعوى والشهادة كلها إخبارات ، والفرق بينها أن الإخبار إن كان يقتصر على قائله فهو الإقرار ، وإن لم يقتصر ، فإما أن لا يكون للمخبر فيه نفع وهو الشهادة ، أو يكون وهو الدعوى »[2].

٢- أن المدعي إذا تأخر في رفع دعواه لا يبطل حقه بالتقادم ، إلا ما قاله الحنفية من تقادم الدعوى ، أما الشاهد حسبةً إذا تأخر من غير عذر فلا تقبل شهادته للتقادم[3] .

وهذا موافق لقول عمر رضي الله عنه : « أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته ، فإنما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم »[4].

فالشهادة التي يتناولها الأثر هي شهادة الحسبة ؛ لأنها على حد من حدود الله تعالى ، فالشاهد مخير بين أمرين؛ إما أن يستر على أخيه المسلم ، وإما أن يشهد بما رآه، فإن تأخر عن أداء الشهادة دون عذر ، دل على أنه اختار الستر ، فإذا عاد

---

(١) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ص٤٢٥) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص١٣٩) .

(٢) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٥ص٢١٦) .

(٣) انظر : (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٤٦) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٨٤) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ص٤٢٥) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص١٣٩) .

(٤) سبق تخريجه . انظر ص٢٥١.

وشهد بعد مدة ، دل على أن الضغينة حملته على ذلك فلا تقبل شهادته[1] .

٣- أن الشاهد حسبةً لا تتأثر شهادته بتكذيب صاحب الحق لشهادته[2] ، أما في الدعوى فإن تكذيب صاحب الحق للدعوى مؤثر ، كما لو ادعى وكيلٌ بالخصومة بجريمة يشترط فيها وجود الدعوى كالسرقة ، فكذبه صاحب الحق الأصيل فيما ادعاه، فلا تعتبر دعوى الوكيل .

أما لو كان شاهد حسبة ، فلو كذبه صاحب الحق فلا تأثير .

٤- أن المدعى عليه في شهادة الحسبة لا يصح تحليفه ، بخلاف الدعوى[3] ؛ لأن الدعوى فيها حق آدمي ، فمن أجل تحصيل هذا الحق أجاز العلماء تحليف المدعى عليه من قبل المدعي، بأن يطلب من المدعى عليه أن يحلف على ما ينكره .

أما شهادة الحسبة فليس للشاهد أن يطلب من المدعى عليه الحلف ؛ لأنه لا مصلحة له يحميها حتى نسمح له بالحلف ، فافترقت شهادة الحسبة عن الدعوى .

يقول الإمام زكريا الأنصاري ما نصه : « ولا تسمع دعوى في حد الله تعالى وتعزيره ، لما مرّ في الشهادات من الكلام على دعوى الحسبة ، فلا يأتي في ذلك حلف . نعم لو تعلق به حق آدمي كأن قذفه غيره فطالبه بالحد ، فله تحليفه أنه ما زنى ، كما مرّ في الباب الأول ، فإن حلف ، حُدّ القاذف »[4].

أما طريق تحصيل حق الله الخالص في الجزائيات ، فقد اختلف فيه العلماء على قولين :

---

(١) انظر : (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٤٦) .

(٢) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٥٤)

(٣) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٤٠٢) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٤٣٤) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ص٤١٠) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ص٢٩٦، ٢٩٧) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ص٥٢٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٧ص٣٠) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٧٣) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١٢ص ١١٥) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣٣١) .

(٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٤٠٢، ٤٠٣) .

الفريق الأول : يرى جمهور الفقهاء أنه لا تسمع الدعوى ولا تقبل في حق من حقوق الله تعالى .

وهو القول الراجح عند الحنفية[1] ، والقول الراجح عند الشافعية[2] ، والقول الراجح عند الحنابلة[3] ، وقول عند المالكية[4] .

وأضافوا لحق الله تعالى حق آدمي غير معين ، كمقتول لا ورثة له ، فإنه يصبح من حق الله ، وكذلك قذفه ، وكذلك قاطع الطريق الذي لم يتب قبل القدرة عليه .

وتفصيل أقوالهم في هذه المسألة كما يلي :

يرى الحنفية في الراجح عندهم أن الدعوى لا تسمع من غير من له الحق ، وقالوا : إن الدعوى حسبة لا تجوز ، وإن الشهادة حسبة بلا دعوى جائزة في مواضع محددة ، ومن بينها حد الزنا وحد الشرب[5] .

وهذا تفريق واضح منهم بين الشهادة والدعوى ، وبناء على هذا الأصل عندهم قالوا : إن حد القذف تقبل فيه الدعوى ولا تقبل فيه شهادة الحسبة[6] .

---

(١) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ص٤٢٥) (السرخسي/ المبسوط/ ج٦ص١٤٥) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٤٦) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٤٩٢) (ابن عابدين/ تنقيح الفتاوى الحامدية/ ج٢ص٢٦) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٧٦، ٤٠٢) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٣٣٣) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ص٤٠٩) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص٢٣٧، ٢٨٦) (الرملي/ فتاوى الرملي/ ج٤ ص١٧٨، ١٧٩) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٣٥) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٤٣٣) (الشرواني/ حاشية الشرواني/ ج١٠ص٢٣٧) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٣٦٠) .

(٣) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ص٥٢٤) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٤٩٩) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ ص٣٣١) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص٢٤٦) .

(٤) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٦٢، ١٦٣، ١٦٤) (مالك/ المدونة/ ج٤ص٤٨٩) (الصاوي/ حاشية الصاوي/ ج٤ص٢٣٧) .

(٥) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ص٤٢٥) .

(٦) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٤٦) .

إلا أن الحنفية واجهوا مشكلة -على حد تعبيرهم- في فهم تخلف بعض الحدود كالسرقة في مسائل الدعوى والشهادة حسبةً عن بقية الحدود .

وبيان ذلك أنهم عندما فرقوا بين الدعوى والشهادة ، بأن التقادم مانع من الشهادة وليس مانعاً من الدعوى ، وضربوا لذلك مثالاً في الزنا وشرب الخمر مقارنة بالقذف ، فقالوا : إن التأخير في الشهادة بالزنا وشرب الخمر يدل على الضغينة ، أما حد القذف فإن التأخير لا يدل على الضغينة والتهمة ، وعللوا ذلك بأن الدعوى في القذف شرط ، فاحتمل أن التأخير كان لتأخير الدعوى من المدعي ، أما الدعوى فإنها ليست بشرط في الزنا والخمر .

وعندها تساءلوا عن السرقة ، فإن الدعوى فيها شرط ، ومع هذا فإن التقادم مانع من قبول الشهادة فيها عندهم ، وقد اختلفت عبارات فقهاء المذهب في توجيه ذلك ، ومن هذه التوجيهات :

أ - أن معنى الضغينة والتهمة حكمة المنع من قبول الشهادة .

والسبب الظاهر هو كون الحد خالص حق الله تعالى ، والحكم يدار على السبب الظاهر لا على الحكمة ، وقد وجد السبب الظاهر في السرقة ، فيوجب المنع من قبول الشهادة[1].

ويرد الإمام الكاساني[2] على هذا التوجيه بقوله : « وهذا ليس بسديد ؛ لأن الأصل تعليق الحكم بالحكمة ، إلا إذا كان وجه الحكمة خفياً لا يوقف عليه إلا بحرج ، فيقام السبب الظاهر مقامه وتجعل الحكمة موجودة تقديراً ، وههنا يمكن الوقوف عليه من غير حرج ، ولم توجد في السرقة ، فيجب أن تقبل الشهادة بعد

---

(١) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٤٦) .

(٢) الكاساني : أبو بكر علاء الدين مسعود بن أحمد الكاساني ، يعرف بملك العلماء ، نسبته إلى كاسان بلدة كبيرة في تركستان ، حنفي المذهب ، ولد في حلب وتوفي فيها ، في ٥٨٧هـ ، شرح تحفة الفقهاء للسمرقندي ، وتزوج ابنته، له بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، وله السلطان المبين في أصول الدين . (ابن أبي الوفاء/ طبقات الحنفية/ ص٢٤٤) .

التقادم »[1].

ب- أن الشهادة لا تقبل في السرقة بعد التقادم ؛ لأن دعوى السرقة بعد التقادم لم تصح، لأن المدعي في الابتداء مخير بين أن يدعي السرقة ويقطع طمعه عن ماله احتساباً لإقامة الحد ، وبين أن يدعي أخذ المال ستراً على أخيه المسلم ، فلما أخّر دل تأخيره على اختيار جهة الستر والإعراض عن جهة الحسبة ، فلما شهد بعد ذلك فقد قصد الإعراض عن جهة الستر ، فلا يصح إعراضه ولم يجعل قاصداً جهة الحسبة ؛ لأنه قد كان أعرض عنها عند اختياره جهة الستر ، فلم تصح دعواه السرقة، فلم تقبل الشهادة على السرقة ؛ لأن قبول الشهادة يقف على دعوى صحيحة فيما تشترط فيه الدعوى ، فبقي مدعياً أخذ المال لا غير ، فتقبل الشهادة حسبةً ؛ إذ التقادم لا يمنع قبول الشهادة على الأموال ، بخلاف حد القذف ؛ لأن المقذوف ليس بمخير بين بدل النفس وبين إقامة الحد بالدعوى ، بل الواجب عليه دفع العار عن نفسه ودعوى القذف فلا يتهم بالتأخير ، فكانت الدعوى صحيحة منه[2] .

وهذا التوجيه يقصد تقسيم الحقوق في السرقة إلى نوعين : حق لله تعالى والمتمثل في قطع يد السارق ، وحق العبد والمتمثل في إرجاع المال لأصحابه .

ولو أنهم قالوا إن الحق في حد السرقة مشترك لما وقعوا في هذا الإشكال ، فكونه مشتركاً يعني أن التقادم مؤثر في إسقاط حق الله تعالى لوجود التهمة ، أما في حق العبد فلا يؤثر التقادم في إسقاطه ؛ لأن حقوق العباد مبنية على المشاحة .

ج- إن عادة السراق الإقدام على السرقة في حالة الغفلة وانتهاز الفرصة في موضع الخفية وصاحب الحق لا يطلع على من شهد ذلك ولا يعرفهم إلا بهم وبخبرهم ، فإذا كتموا أثموا ، فكانوا في سعة من تأخيرها ، وقد يعلم المدعي شهوده

---

(١) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٤٦) .

(٢) انظر جميع ما سبق : (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٤٦، ٤٧) .

في غير ذلك من الحقوق ويطلبها إذا احتاج إليها فافترقا[1] .

وهذا التوجيه أيضاً لا يخلو من النقد ؛ أما إن الشاهد إذا كتم شهادته أثم ، فهذا يتعارض مع النصوص النادبة للستر، كقوله ﷺ لهزال: « هلا سترته بثوبك »[2] في حديث ماعز .

وقوله ﷺ لصفوان بن أمية : « هلا كان قبل أن تأتيني »[3] في حديث سارق الرداء ، وكلها تحث على الستر . فكيف يقال إن كتمان الشهادة إثم ، وخصوصاً أن الصورة تفترض المبادرة للشهادة ممن عاين الجريمة ، وليس الكتمان هنا متعلقاً بما يطلب الحاكم من الشاهد أداءه على وجه الوجوب ؛ لأنه في هذه الحالة يصبح واجباً ويأثم بالتخلف ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾[4] .

وهذه الشهادة ليست موضع الخلاف ، وإنما الخلاف فيما لو تأخر الشاهد من تلقاء نفسه عن الإدلاء بشهادته التي لم يلزمه أحد على أدائها . ولهذا سميت هذه الشهادة شهادة حسبة ، فإنه يحتسب الأجر بها عند الله تعالى ، فأقدم على الشهادة دون طلب .

أما بقية الشهداء ممن يطلبهم القاضي للحكم والشهادة ، فلا يسمى أحد منهم شاهد حسبة .

وخلاصة القول في هذه التوجيهات : أن السرقة فيها حق مشترك ، أما حق الله تعالى فالتقادم يبطل الشهادة به ، وأما حق العباد فالتقادم لا يبطل الادعاء به ؛ لأنه لا شهادة حسبة في حقوق العباد .

وهذا الإشكال الذي وقع فيه الحنفية لا بد أن تقع فيه بقية المذاهب ؛ لأن

---

(١) انظر : الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٤٧) .

(٢) سبق تخريجه . انظر ص١٦٣ .

(٣) سبق تخريجه . انظر ص٦٤ .

(٤) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٨٣) .

السرقة عندهم جميعاً حق خالص لله . وهذا ما أشكل على الحنفية .

فالقول بأن السرقة حق خالص لله يتصادم مع القول بأن التقادم في الدعوى فيها لا يبطل الدعوى ؛ لأن التقادم يورث شبهة فيما هو حق لله فيسقطه ، وأما حق العبد فلا يبطل بالتقادم.

وقد وجدت من النصوص عند الفقهاء ما يؤيد وجود اختلاف في بعض الحدود عن بعضها ، ومنها عبارة الشافعية : « وتقبل شهادة الحسبة في حقوق الله تعالى كالحدود ، والمستحب سترها ... وكذا تقبل في البلوغ والإسلام والكفر وقطع الطريق والسرقة »[1].

فذكر الحدود ثم ذكر القطع للطريق والسرقة ، ليدلل على اختلاف القطع والسرقة عن بقية الحدود ، وأن الحق فيهما حق مشترك .

إلا أن الإمام زكريا الأنصاري شارح الروض يقول بعد ذكر قطع الطريق والسرقة : « وهذان مكرران لدخولهما في الحدود »[2].

والصحيح أنهما غير مكررين ؛ لأن الحكم يختلف بحسب النظر إلى الحق الذي في السرقة، وهذا مفهوم من نصوصهم[3].

ويؤكد جميع ما سبق عند الشافعية أنهم نصوا على أن شهادة الحسبة تقبل في العفو عن القصاص ، مع أن القصاص حق لآدمي عندهم وعند كل الفقهاء ، والشهادة على حصول العفو في القصاص مسقطة للقصاص ، إلا أنهم عللوا ذلك بقولهم : « لما في قبولها فيه من سلامة النفس »[4].

أما رأي الشافعية في الدعوى الجزائية وكيفية تحصيل حق الله تعالى ، فقد نقلوا

---

(١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٥٤) . والعبارة من كلام الروض لابن المقرئ .

(٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٥٥) .

(٣) انظر : (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٣٦١). إذ يقول : « وكذا حد السرقة على الصحيح ... والثاني لا يتعلق حق الآدمي فيه » .

(٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٥٥) .

الخلاف في هذه المسألة ابتداءً .

يقول الإمام زكريا الأنصاري : « فتقبل شهادة الحسبة ولا يحتاج لدعوى الحسبة ، بل في سماعها خلاف » [1].

إلا أنهم أيضاً اختلفوا في تفسير عبارة الرافعي [2] في شرح الوجيز إذ يقول عن حق الله تعالى : « لا تسمع فيه الدعوى » .

فقال البعض بالمنع ، وهو الراجح عندهم ، وقال البعض بالجواز .

وفي تحفة المحتاج : « أن كل ما تقبل فيه شهادة الحسبة لا يحتاج فيه لدعوى، بل لا تسمع. فجزم بعدم السماع ، وليس أنه لا حاجة لسماعها » [3] .

وفي نهاية المحتاج : « وكل ما تقبل فيه شهادة الحسبة لا يتوقف على دعوى » [4].

ومنهم من قال إن معنى « لا تسمع فيه الدعوى » أن المقصود أنه لا حاجة لسماعها ، لا أنه لا يجوز سماعها [5] .

ومنهم من قصر سماع الدعوى احتساباً في غير حدود الله تعالى ، أما فيها فلا تسمع [6] .

ومنهم من قال إنه لا يتوقف استيفاء الحق على سماع الدعوى ، ولا يشترط

---

(١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٨٦) .

(٢) الرافعي : إمام الدين أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل بن الحسين بن الحسن القزويني الرافعي ، أحد أعلام الشافعية ، تفقه على والده ، وسمع الحديث من جماعة ، صنف شرح الوجيز ، وصنف شرحاً لمسند الشافعي ، توفي ٦٢٣هـ في قزوين . (ابن قاضي شهبة/ طبقات الشافعية/ ج٢ص٧٥) .

(٣) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص٢٨٦) .

(٤) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٣٣٤) .

(٥) انظر : (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ص٤٠٩) .

(٦) انظر المرجع السابق .

لجواز الاستيفاء سماع الدعوى[1] .

وهذه النقولات تؤكد وجود اضطراب في الدعوى احتساباً من حيث جوازها أو منعها عندهم .

وثمرة الخلاف ، أن الدعوى إذا كانت لا تسمع لأنها باطلة كان كل ما يترتب عليها باطلاً ، وأما إن كانت تسمع لكن لا حاجة إلى سماعها ، فهي صحيحة إن وجدت وما يترتب عليها صحيح كذلك ؛ ولأن نصوص الشافعية أكدت أن الادعاء حسبة باطل ، ففهم أن الراجح هو قول من قال إنها لا تسمع لأنها باطلة .

ومع ذلك فقد فسر الفريق الآخر كلمة البطلان بأن المقصود أنها تصبح كأنها غير موجودة ، ولا يعني ذلك بطلان ما يترتب عليها ، فيكون الحكم صحيحاً ، وكأنه لم توجد دعوى حسبة حتى يبنى عليها شيء من الأحكام .

يقول الهيتمي صاحب تحفة المحتاج : « فهل الحكم المترتب عليها باطل ، لأن المترتب على الباطل باطل ، أو لا ، لأن بطلانها أوجب أنها كما لو لم تذكر ، فكأنه حكم بغير دعوى وهو صحيح، كل محتمل ، والأوجه الثاني »[2] .

ويرى الفريق المانع لدعوى الحسبة أن ألفاظ الدعوى تختلف عن ألفاظ الشهادة، فقالوا: لا تسمع شهادة الحسبة حتى يقول شهودها ابتداءً للقاضي نشهد بكذا على فلان فأحضره لنشهد عليه . أما إن قالوا ابتداءً فلان زنى فهم قذفة . نعم إن وصلوا شهادتهم به ، قال الزركشي[3] : فالظاهر أنهم ليسوا بقذفةٍ ، لكن كلام

---

(١) انظر : (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ص٤٠٩) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص٢٨٧) .

(٢) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص٢٣٧) .

(٣) الزركشي : أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ، ويلقب بالمنهاجي ؛ لأنه حفظ كتاب منهاج الطالبين للإمام النووي ، شافعي المذهب ، ولد بالقاهرة ٧٤٥هـ ، وتوفي ودفن فيها ٧٩٤هـ . من مصنفاته : البحر المحيط، البرهان في علوم القرآن ، خبايا الزوايا ، المنثور في القواعد الفقهية . (ابن قاضي شهبة/ طبقات الشافعية/ ج٣ص ١٦٧) .

الروياني[1] يقتضي أنه لا فرق[2] .

والصحيح أن تقديم لفظ الشهادة أو تأخيره بعد الاتهام بالزنا لا يترتب عليه فرق كبير ، مع أن الدقة تقتضي تقديم لفظ الشهادة ، إلا أن هذه الدقة لا تلتمس عند العامة ، والشهادة مأذونٌ بها لعموم الناس ، فناسب مراعاة أحوال الشهود ، بل وللقاضي أن يلقنهم أن هذه شهادة حسبة حتى لا يتلبسوا بحد القذف دون علم[3] .

وقد فرق الشافعية في بعض الأقوال عندهم بين الحدود والتعزير . وهذا التفريق لم يتطرق إليه العلماء في المذاهب الأخرى . وجاءت أقوال الشافعية في التعزير على قولين :

الأول : أن ما كان حقاً لله والتعزير عقوبته، فإن حاله كحال ما هو حق لله والحد عقوبته، وصرحوا بذلك وقالوا : « لا تسمع دعوى في حد لله تعالى أو تعزير وجب له سبحانه »[4].

الثاني : أن التعزير إن كان حقاً لله تعالى، فتسمع فيه الدعوى إن تعلق بمصلحة عامة[5].

يقول صاحب حاشية الجمل : « ما يوجب تعزيراً لحق الله تعالى تسمع فيه الدعوى إن تعلق بمصلحة عامة ، كطرح حجارة بطريق »[6].

---

(١) الروياني : أبو المحاسن فخر الإسلام عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد بن محمد الروياني الطبري ، برع في المذهب الشافعي ، وكانت له الرياسة والوجاهة ، كان يقول : لو احترقت كتب الشافعي لأمليتها من حفظي ، وكان يقال له : شافعي زمانه ، ولي القضاء بطبرستان . ولد ٤١٥هـ ، توفي ٥٠١ أو ٥٠٢ هـ . وله : البحر والكافي والحلية والمبتدي . (ابن قاضي شهبة/ طبقات الشافعية/ ج٢ص٢٨٧) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٥٥) .

(٣) انظر : (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٦٥) ، حيث نص على أن العوام يتسامحون في مثل هذا ، فينبغي أن يعذروا به .

(٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٤٠٢) .

(٥) انظر : (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٣٣٣) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص٢٨٦) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ ص٤٠٩) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٤٠٢) .

(٦) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ ص٤٠٩) .

ويقول الإمام زكريا الأنصاري : « ما يوجب التعزير تسمع فيه الدعوى إذا تعلق بالأمور العامة من مصالح المسلمين »[(1)] .

وعند الحنابلة ، اختلفت الروايات في سماع الدعوى حسبةً ، إلا أنهم كانوا أكثر وضوحاً في التفريق بين ما هو حق لله وما هو حق لآدمي ، وما هو حق مشترك.

فإن كان حقاً لآدمي معين ، فلا تسمع الشهادة قبل الدعوى ، على الصحيح من المذهب، وأجاز البعض سماعها ، وقيده البعض بأن يكون صاحب الحق غير عالم بما يشهد به الشاهد[(2)] .

وإن كان الحق لله تعالى ، لم تصح الدعوى به ، بل ولا تسمع ، وتسمع البينة من غير تقدم دعوى ، وأنه المذهب وعليه جماهير الأصحاب[(3)] .

وإن كان حقاً يشمل حق الله وحق الآدمي ، كسرقة ، فتسمع الدعوى في المال، ويحلف منكرٌ ، ولو عاد إلى مالكه أو ملكه سارقه ، لم تسمع لتمحض حق الله، ومثله الزنا بأمته[(4)] .

وهذا في إشارة لموقف الحنابلة من الزنى غصباً ، فقد سبق أن نقلنا عنهم أنهم يقولون بثبوت المهر في الزنى غصباً لحق الآدمي فيه .

وإن كان الحق لآدمي غير معين ، فلا تصح الدعوى ولا تسمع ، وتسمع البينة قبل الدعوى ، ومنها عقوبة كذاب مفترٍ على الناس والتكلم فيهم[(5)] .

أما أدلة الحنفية والشافعية والحنابلة المانعين من سماع الدعوى فيما فيه حق لله تعالى ، فهي كما يلي :

---

(1) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٤٠٢) .

(2) انظر (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص٢٤٥، ٢٤٦) .

(3) انظر : (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣٣١) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص٢٤٦) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ص ٥٢٤) .

(4) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص٢٤٧) .

(5) انظر : (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص٢٤٨) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ص٥٢٤) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص ٣٣١) .

١- أن المدعي فيها لا حق له فيها ، ومن له الحق لم يأذن في الطلب ، بل هو مأمور بالإعراض والدفع ما أمكن[١] ، وأن الحق فيها لا يثبت لواحد بعينه ، وإنما هي لجميع المسلمين[٢] .

وهذا منهم على أصلهم القائل بأن الدعوى لا بد أن يكون لمدعيها حظ فيما يدعيه ، وأن تكون له مصلحة فيما يدعيه ، فإذا انتفت المصلحة فلا تسمع الدعوى ، وإنما تسمع الشهادة ، على التفريق السابق بين الدعوى والشهادة .

٢- أن سماع الدعوى لا فائدة فيه زيادة على ما في شهادة الحسبة من فائدة ، فلا يحتاج إلى دعوى الحسبة مع وجود الشهادة فيها[٣] .

أما حق الآدمي فلا تكفي فيه شهادة الحسبة[٤] .

وقد رد بعض الشافعية ممن قالوا بالقول الثاني بأن البينة قد لا تساعد ويراد استخراج الحق بإقرار المدعى عليه ، فيحصل المقصود بوجه أقوى ، وكفى بهذا حاجةً[٥] .

الفريق الثاني : أجاز هذا الفريق سماع الدعوى في حق الله تعالى ، وكذلك سماع الشهادة فيها ، فكانوا متفقين مع الفريق الأول في الشهادة ومختلفين في الدعوى.

---

(١) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٣٣٣) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ص٤٠٩) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص٢٨٦) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٣٦٠) (الرملي/ فتاوى الرملي/ ج٤ص١٧٩) (الشرواني/ حواشي الشرواني/ ج١٠ص٢٣٧) (البجيرمي/ حاشية البجيرمي/ ج٤ص٣٩٤) .

(٢) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص٢٨٦) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٨٦) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣٣١) .

(٣) انظر : (البجيرمي/ حاشية البجيرمي/ ج٤ص٣٩٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٥٥) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ص٤٠٩) .

(٤) (البجيرمي/ حاشية البجيرمي/ ج٤ص٢٢٦)

(٥) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٥٥) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٤٣٤) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٤٨) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص٢٣٧) .

وهذا هو قول المالكية ، وقولٌ عند الحنفية ، وقولٌ عند الشافعية ، وقولٌ عند الحنابلة[1] .

فالمالكية يقررون أن الشهادة تكفي لتحصيل حق الله ، إلا أن ذلك لا يدل على منع الدعوى فيها [2].

ومع الدعوى أجازوا الشهادة حسبةً شرط أن لا يرد ما يدل على خصومة ، فقالوا : إذا شهد أربعة بالزنا على رجل جازت شهادتهم ، وإن كانوا هم القائمين بذلك مجتمعين جاؤوا أو متفرقين إذا كان افتراقهم قريب بعضه من بعض . ووجه ذلك أنه لما كان ما فعلوا من قيامهم عليه مباحاً لهم -وإن كان الستر أفضل- لم يكونوا خصماء ، إذ لم يقوموا لأنفسهم ، وإنما قاموا لله[3] . ومعنى القيام به أن يبادر بذلك دون طلب منه ، كما يفهم من نصوصهم .

وأغلب النصوص وردت عندهم مطلقة لا تفرق بين حالة وحالة ، مما جعل البعض من المتأخرين يجري النصوص على إطلاقها ، وينسب إلى المذهب أنه قال بجواز المخاصمة في حقوق الله مطلقاً ، إلا أن المحققين في المذهب كان لهم رأي آخر ، وسيأتي تفصيله بعد قليل .

يقول ابن فَرحون : « من كانت عنده شهادة ، فلا يحل له أن يكتمها ، ويلزمه إذا دعي أن يقوم بها ، وإن لم يُدع فهو على وجهين ، إما أن يكون حقاً لله ، وإما أن يكون حقاً لآدمي ، فالأول على قسمين ؛ ما لا يستدام فيه على التحريم ، وما يستدام فيه ؛ فالأول كالزنا والشرب وشبهه ، فلا يضر ترك إخباره بالشهادة ؛ لأن

---

(١) انظر : (الصاوي/ حاشية الصاوي/ ج٤ص٢٣٨، ٢٣٩، ٢٤٧، ٢٤٨) (مالك/ المدونة/ ج٤ص٤٨٨، ٤٩٩) (الحطاب / مواهب الجليل/ ج٦ص١٦٢، ١٦٣، ١٦٤) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ ص١٧٤) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٤١٧) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ص٥٢٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٨٦) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٤٣٤) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص٢٣٧) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ص٤٠٩) (ابن عابدين / حاشية ابن عابدين/ ج٤ ص٤١٠) .

(٢) انظر (الصاوي/ حاشية الصاوي/ ج٤ص٢٣٩) .

(٣) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٦٣) .

ذلك ستر عليه ، وأشار ابن رشد[1] إلى أن هذا في حق من يندر منه ، وأما من كثر منه فينبغي أن يشهد عليه، وإن علم الإمام بذلك فقد قال ابن القاسم[2] في المجموعة: يكتمون الشهادة ولا يشهدوا بذلك إلا في تجريح إن شهد على أحد ، والثاني كالعتق والطلاق والخلع والرضاع والعفو عن القصاص وتملك الأحباس والقناطر وشبهه ، فيلزمه أن يخبر بشهادته ويقوم بها عند الحاكم ، فإن لم يخبر بشهادته سقطت ؛ لأن سكوته عن ذلك جرحة ، إلا أن يثبت أن لهم عذراً في عدم القيام » [3].

وقد تشدد المالكية في قبول شهادة الحسبة فيما لم يتشدد فيه غيرهم ، فإنهم يمنعون قبول الشهادة لأدنى تصرف يوهم حرص الشاهد على شهادته ، أو يوهم وجود مصلحة له فيما فعله أو فيما يشهد به ، بل منعوا الشهادة في مخالفة ما هو أهون من هذين ؛ كأن يأتي الشاهد ويقول : رأيته يزني ، فيقال له : ائت بأربعة شهداء سواك ، وإلا ضربت الحد ؛ لأنه صار قاذفاً، ويحد الحدّ إن لم يأت بأربعة شهداء سواه [4].

وهم بهذا يردون شهادته ويجعلونه مدعياً ؛ لأن لفظه لفظ القاذف ، إلا أن يأتي بأربعة شهداء سواه ، فيقام على المشهود عليه الحد ، وهذا يشبهه قول الشافعية.

---

(١) ابن رشد : محمد بن أحمد بن رشد المالكي ، أبو الوليد القرطبي ، زعيم فقهاء وقته ، سار في القضاء بأحسن سيرة ثم استعفي منه ، عاش سبعين سنة ، له البيان والتحصيل ، وله كتاب المقدمات ، ولي قضاء الجماعة بقرطبة ، ت ٥٢٠هـ . (ابن فَرحون/ الديباج المذهب/ ص٢٧٩) (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج١٩ص٥٠٢) .

(٢) ابن القاسم : أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة ، انفرد بصحبة مالك رضي الله عنه، وكان من كبار الفقهاء والحفاظ ، وروايته للمدونة أرجح الروايات في مذهب مالك ، قيل فيه : إنه أقعد الناس في مذهب مالك ، وأنه كان أمن الناس على فقه مالك ، توفي بمصر في صفر ١٩١هـ . (ابن فرحون/ الديباج المذهب / ص١٤٧) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٢٤٦) .

(٤) انظر : (المدونة/ ج٤ص٤٨٩) .

ومن الأمثلة على هذا التشدد، ما نص عليه ابن القاسم أن صاحب السوق[1] إذا أخذ سكراناً فسجنه وشهد عليه وآخر معه، فقال: لا أرى أن تجوز شهادته؛ لأنه قد صار خصماً حين سجنه، ولو رفعه إلى غيره قبل أن يسجنه وشهد مع الرجل جازت شهادته عليه. قال محمد بن رشد: إنما جازت شهادته عليه وإن أخذه فرفعه ما لم يسجنه؛ لأن ما فعل من أخذه ورفعه لازم له من أجل أنه موكل بالمصلحة، ولو لم يكن صاحب السوق موكلاً بالمصلحة فأخذ سكراناً فرفعه إلى غيره لم تجز شهادته عليه[2].

ومنهم من يرى أن سجن الشارب كان مخالفاً لأصول التعامل معه؛ لأن الواجب عليه أن يرفعه، فلما خالف منعت الشهادة عليه وتقبل الدعوى، وعليه أن يأتي بشاهد آخر يحل محله؛ لأن شهادته لا تقبل.

ومثال آخر يشهد على تشدد المالكية في شهادة الحسبة؛ يقول ابن القاسم في أربعة نفر شهدوا على رجل بالزنا فتعلقوا به، فأتوا به إلى السلطان وشهدوا عليه، قال: لا أرى أن تجوز شهادتهم، وأراهم قذفة. وقال محمد بن رشد: إنما لم تجز شهادتهم لأن ما فعلوه من أخذه وتعلقهم به ورفعهم إياه إلى السلطان لا يلزمهم ولا يجب عليهم، بل هو مكروه لهم، لأن الإنسان مأمور بالستر على نفسه وغيره، قال رسول الله ﷺ: « من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله، فإنه من يُبد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله »[3].

وقال لهزال: « يا هزال لو سترته بردائك لكان خيراً لك »[4].

فلما فعلوا ذلك صاروا ظالمين له ومدعين الزنا عليه وقذفةً له، فوجب عليهم الحد له، إلا أن يأتوا بأربعة شهداء سواهم على معاينة الفعل كالمرود في المكحلة،

---

(١) وهو المحتسب أو صاحب الشرطة أو احد أفرادهما.

(٢) انظر: (الحطاب/مواهب الجليل/ج٦ص١٦٢).

(٣) سبق تخريجه. انظر ص١٦٣.

(٤) سبق تخريجه. انظر ص١٦٢.

ولو كانوا أصحاب شرطة موكلين بتغيير المنكر ورفعه أو أحدهم ، فأخذوه أو أخذه، فجاؤوا به ، فشهدوا عليه ، لقبلت شهادتهم ؛ لأنهم فعلوا في أخذه ورفعه ما يلزمهم[1] .

فمنعهم لهذه الشهادة إنما كان لمخالفة الشهود ما يجب عليهم ؛ لأن التعلق بالمشهود عليه ليس من شأنهم ولا يلزمهم ، فلما تعلقوا به لم تقبل شهادتهم .

فهم وإن نصوا على وجوب المبادرة لحفظ حقوق الله تعالى في بعض المواضع وخصوصاً إذا كان الفعل مما يستدام التحريم فيه ، إلا أنهم كانوا يسقطون الشهادة لأدنى تهمة[2] .

ويرى المالكية كذلك أن مخاصمة الشهود في حقوق الله مسقطة لشهادتهم ؛ لأن خصامهم يدل على شدة الحرص على إنفاذ شهادتهم والحكم بها ، وشدة الحرص قد تحمل على تحريفها أو زيادة فيها[3] .

وخالف البعض وقالوا : إن شهادتهم تلزمه ؛ لأنه في أمور الآخرة ، وقد قدمنا أن العداوة في حق الله لا تؤثر في الشهادة[4] .

وخلاصة القول في هذه المسائل ينقلها صاحب مواهب الجليل بقوله :

« وحاصل ما تقدم أن ما حكاه ابن رشد عن بعض المتأخرين الذي هو ظاهر كلام المؤلف ، هو ظاهر إطلاقات أهل المذهب ، ولا شك في ظهور الفرق بين وجوب رفع الشهادة وسقوطها بكون الشاهد هو المدعي ، فرفع الشهادة عند الحاكم والإخبار بها من غير مخاصمة فيما يستدام فيه التحريم واجب غير مسقط للشهادة...

---

(١) انظر (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٦٢، ١٦٣) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٨٦) .

(٢) انظر : (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص١٧٤) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٤١٧) (الصاوي/ حاشية الصاوي / ج٤ص٢٤٧، ٢٤٨) .

(٣) انظر (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٦٣) .

(٤) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٦٣) .

وأما إن كان الرافع هو المخاصم فتسقط الشهادة »[1] .

وقال متأخرو الحنفية ممن أيدوا القول بدعوى الحسبة : « ولا يخفى أن شاهد الحسبة لا بد أن يدعي ما يشهد به إن لم يوجد مدعٍ آخر ، وعلى هذا فكل ما تقبل فيه الشهادة حسبة يصدق عليه أنه تقبل فيه الدعوى حسبة »[2].

وقد ردوا على عبارة ابن نُجيم في الأشباه إذ قال : « وليس لنا مدع حسبة إلا في دعوى الموقوف عليه » .

فقال ابن عابدين : « قد يكون مراده أنه لا يسمى مدعياً ، أو أن مدعي الحسبة لا يحلف له الخصم عند عدم البينة ، فلا يتحقق بدون الشهادة ، فلذا نفاه »[3].

وأدلة هذا الفريق على إجازة الدعوى والشهادة ، كما يفهم من نصوصهم :

أن الدعوى مماثلة للشهادة في تحصيل حق الله تعالى ، فأية وسيلة أمكن تحصيل حق الله بها جازت .

وهذا وإن لم ينصوا عليه ، إلا أنه مفهوم نصوصهم وأمثلتهم .

الرأي الراجح :

بعد الاطلاع على آراء العلماء في دعوى الحسبة وشهادة الحسبة ، يمكن الخلوص إلى النتائج التالية :

١- أن الذي ينتهك حرمةً من حرمات الشرع ، وحقاً من حقوق الله تعالى ، لا يفلت من العقاب ولا من المسؤولية . وهذا متفق عليه بين الفريقين . فليس من آثار هذا الاختلاف رفع المسؤولية عن الجاني في أية صورة أو أية حالة .

يقول الشيخان قليوبي وعميرة -وهما من الفريق الأول القائل بمنع سماع

---

(١) (الحطاب/مواهب الجليل/ج٦ص١٦٤) .

(٢) (ابن عابدين/حاشية ابن عابدين/ج٤ص٤١٠) .

(٣) (ابن عابدين/حاشية ابن عابدين/ج٤ص٤١٠) .

الدعوى حسبةً- : « واعلم أن عقوبة الله تعالى لا بد فيها من الرفع إلى القاضي أيضاً، غاية الأمر أنها لا يدعى فيها »[1].

ومثله ما ورد في بقية كتب الشافعية حيث قالوا : « أما ما هو عقوبة له تعالى ، فهو وإن توقف على القاضي أيضاً ، لكن لا تسمع فيه الدعوى »[2].

٢- أن الفريقين يجيزان شهادة الحسبة في حقوق الله تعالى ، فقالوا : الطريق في إثباتها شهادة الحسبة [3].

ومعنى شهادة الحسبة هي أن يؤدي الشاهد شهادة تحملها ابتداءً لا بطلب طالب ، ولا بتقدم دعوى مدعٍ ، ومعنى حسبة ، أي احتساباً لله تعالى[4] .

وقد ورد في فضلها قول رسول الله ﷺ : « ألا أخبركم بخير الشهداء ، الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها »[5].

وحكم الشهادة فيها يختلف بحسب الحال ، فقد يكون مستحباً ، وقد يكون جائزاً ، وقد يكون واجباً ، وذلك إذا تعين طريقاً للحق[6] .

---

(١) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٣٦) .

(٢) (البجيرمي/ حاشية البجيرمي على الخطيب/ ج٤ص٤١٤) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص٢٨٦) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ ص٣٣٣) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ص٤٠٩) (البجيرمي/ البجيرمي على المنهج/ ج٤ص٢٩٤) .

(٣) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٣٣٣) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص٢٨٦) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ص٤٠٩) (البجيرمي/ حاشية البجيرمي على المنهج/ ج٤ص٣٩٤) .

(٤) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٤٣٢) .

(٥) (مسلم/ الأقضية/ باب بيان خير الشهود/ ج١٧١٩) (الترمذي/ الشهادات/ باب ما جاء في الشهداء أيهم خير/ ح٢٢٩٥، ٢٢٩٧، وقال حديث صحيح) (مالك/ الموطأ/ الأقضية/ باب ما جاء في الشهادة/ ح١٤٢٦) (أبو داود/ الأقضية/ باب في الشهادات/ ح٣٥٩٦) (ابن ماجه/ الأحكام/ باب الرجل عنده الشهادة ولا يعلم بها صاحبها/ ح٢٣٦٤) (أحمد/ عن زيد بن خالد/ ح١٦٥٩٢، ١٦٥٩٩، ١٦٦١٤، ٢١٦٥، ٢١١٧٥) .

(٦) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٤٣٥) (جلال المحلي/ شرح جلال المحلي على منهاج الطالبين/ ج٤ ص٣٢٣) .

أما قول رسول الله ﷺ فيما يرويه البخاري عن عمران بن حصين : « خير أمتي قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم » ، قال عمران : فلا أدري أذكر بعد قرنه قرنين أو ثلاثة ، « ثم أتى من بعدهم قوم يشهدون ولا يستشهدون ، ويخونون ولا يؤتمنون ، وينذرون ولا يوفون ، ويظهر فيهم السِّمَن »[1]. فقد ذكر العلماء أن هذا الحديث لا يتعارض مع سابقه ، فإنه محمول على حق الآدميين ، أما الحديث الأول فمحمول على الشهادة في حق الله تعالى ، ونفياً للتعارض بين حديثين صحيحين ، قال العلماء : إن الحديث الثاني يتعلق بما لا تقبل فيه شهادة الحسبة لورود الخبر الأول[2] .

٣- أن الخلاف في دعوى الحسبة راجع إلى الفروق الخفية الدقيقة بين الدعوى والشهادة، مع أن كليهما إخبار .

والذي فهمته من أقوال العلماء أن القول بشهادة الحسبة وتحصيل حقوق الله تعالى بوساطتها فيه حفظ لهذه الحقوق بصورة أكبر ، ولكن المتبادر إلى ذهن القارئ خلاف ذلك ، فيسأل كيف تمنع الدعوى حسبةً لله ، ثم يكون في هذا المنع حفظ أكبر لحق الله تعالى ؟

والجواب على ذلك :

أن الفقهاء يرون أن الدعوى عبارة عن وسيلة يطلب من خلالها المدعي

---

(١) (البخاري/ الشهادات/ باب لا يشهد على شهادة جور إذا أُشهد/ ح٢٦٥١ ، وذكره بعدة كتب) (مسلم/ فضائل الصحابة/ باب فضل الصحابة/ ح٢٥٣٣) (الترمذي/ الفتن/ باب ما جاء في القرن الثالث/ ح٢٢٢١) (النسائي/ الأيمان والنذور/ الوفاء بالنذر/ ح٣٨٠٩) (ابن ماجه/ الأحكام/ باب كراهية الشهادة لمن لم يستشهد/ ح٢٣٦٢) (أحمد/ عن عبد الله بن مسعود/ ح٣٥٨٣، ٣٩٥٣، ٤١١٩، ٤١٦٢، ٤٢٠٥/ وعن أبي هريرة/ ح٩٠٦٣، ٩٨٥٤/ وعن النعمان بن بشير/ ح١٧٨٨٤، ١٧٩٦٠، ١٧٩٧٩) .

(٢) انظر : (الزركشي/ البحر المحيط/ ج٨ص١٤٩) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ص١٨٧) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٦٦) (البجيرمي/ حاشية البجيرمي على المنهج/ ج٤ص٣٧٩) (البجيرمي/ حاشية البجيرمي على الخطيب/ ج٤ص٤٣٥) .

تحصيل حق من الحقوق، وهذا الطلب يتعلق بمصلحة الطالب أو المدعي .

ونتيجة لوجود مصلحة يدافع عنها المدعي كان في كلامه شبهة المحاباة لنفسه ، ولذلك كان ادعاؤه مساوياً لادعاء المدعى عليه أنه بريء مما نسب إليه . ومن هنا كان لا بد لإثبات ما يدعيه من شهود يؤكدون صدقه ، وأنه على حق فيما قاله ، ولم يقبل قول المدعي في هذه الدعوى كشاهد على ما حصل ، بل لا بد من شاهدين آخرين يؤكدان صحة ما قاله وما ادّعاه.

وهذا الفهم مستطرد ومتتابع في جميع الأحكام ، فقالوا : إن شهادة الشاهد إذا كانت تجرّ له نفعاً فلا تجوز[1] ، وإن الخصومة تورث شبهة ولا شهادة مع الشبهة ، وقد قال النبي ﷺ : « لا تقبل شهادة ذي غمر[2] على أخيه »[3].

وهذا في كل الحقوق ، فكيف بحق الله تعالى المبني على المسامحة والمبني على الدرء ، فالقول بسقوط الحد مع هذه الشهادة أولى .

أما في شهادة الحسبة فإن الشاهد لا يطالب بحق لنفسه ، وإنما بحق لله تعالى ، فانتفاء المصلحة في رفعه مثل هذه الدعوى يقوي دعواه وشهادته ؛ لأن مصلحة وفائدة الشهادة لا يرجع إلى شخصه ، بل هو عائد إلى مجموع الأمة ، فصار الشاهد نائباً عن الأمة في المطالبة بحقها .

---

(١) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٦٨) .

(٢) الغمر : الشحناء والعداوة ، والضغن والحقد . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٥ص٣٠) .

(٣) (أبو داود/ الأقضية/ باب من ترد شهادته/ ح٣٦٠٠) (الترمذي/ الشهادات/ باب ما جاء فيمن لا تجوز شهادته/ ح٢٢٩٨، وصرح بأن فيه يزيد بن زياد الدمشقي ، وهو ضعيف) (ابن ماجه/ الأحكام/ باب من لا تجوز شهادته/ ح٢٣٦٦ ، بطريق غير طريق الترمذي) (أحمد/ عن عبد الله بن عمرو بن العاص/ ح٦٨٦٠، ٦٩٠١، ٦٦٥٩، ٧٠٦٢) (سنن البيهقي الكبرى/ ج١٠ص١٥٥/ ح٢٠٣٥٥) (الدارقطني/ ج٤ ص٢٤٤/ ح١٤٤، ١٤٦، ١٤٧) (مصنف عبد الرزاق/ ج٨ص٣١٩/ ح١٥٣٦٢) . وله أسانيد قوية ، كما نص على ذلك الشوكاني في (نيل الأوطار/ ج٩ ص٣٠١) ، وروى مالك في موطئه أثراً موقوفاً على عمر رضي الله عنه أنه قال : « لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين » . (مالك/ الأقضية/ باب ما جاء في الشهادات/ ح١٤٢٧) .

فالمطالب بحق خاص نسبة التهمة إليه كبيرة ؛ لأنه يريد نفع نفسه ، وهي مماثلة لنسبة التهمة عند الخصم ؛ لأنه يريد دفع الضرر عن نفسه ، فاستويا ، فكانت هذه هي الدعوى .

أما المطالب بحق الله تعالى ، فنسبة التهمة له قليلة ، وهي أدنى من نسبة التهمة عند الخصم ؛ لأن المطالب يريد نفع الأمة ولا تهمة في هذا ، أما الخصم فيريد دفع الضرر عن نفسه، فافترقا ، وصار الشاهد بمنزلة أعلى من المدعي ، فكانت شهادة الحسبة .

يقول الفقهاء في ذلك : « وتقبل شهادة المدعي فيه - أي في حق الله تعالى - لأنه لا يجر إلى نفسه نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً »[1] .

فإذا علمنا أن صفة الادعاء أو الشهادة يلصقها القاضي على من جاء يخبر عن غيره فعلاً محرماً ، فإن الذي يحدد أن هذا الفعل هو دعوى أم شهادة ليس ذات المخبر ، وإنما الحاكم أو القاضي .

فإذا جاء للقاضي من يخبره عن فعل محرم ، ينظر هل في قوله تهمة أو شبهة ، فإن كان كذلك جعلها دعوى وأمره بأن يأتي بالشهود بحسب العدد المطلوب في أمثال هذه القضية .

وإذا لم يجد فيها تهمة ولا شبهة ، اعتبره شاهداً في القضية ، وأمره بأن يكمل الشهود بحسب العدد المطلوب في أمثالها . وبذا أراحه من عبء إحضار شاهد آخر غيره.

والمثال يوضح المقصود .

فإن جاء من يخبر عن رجل أنه قد شرب الخمر ، فينظر هل في حاله ما يوجب الشبهة ، كحرص على إقامة العقوبة ، أو حرص على تنفيذ مقتضى ما أخبر به ، فإن

---

(١) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ ص٣٣١) (الشيرازي/ المهذب/ ج٢ ص٣٢٩) (ابن بلبان/ أخصر المختصرات/ ص ٢٦٧) (المالكي/ كفاية الطالب/ ج٢ ص٤٥١) (النفراوي/ الفواكه الدواني/ ج٢ ص٢٢٦) .

وجدت الشبهة والتهمة ، جعله القاضي مدعياً ، وأمره بأن يأتي على ما يدعيه بشاهدين آخرين ، وهذا القرار من القاضي ينبئ أن هذا المخبر وإن جاء على هيئة شاهد ، إلا أن هناك أمراً خفياً يرغبه في إقامة الحد على المشهود عليه ، وهذا يعني وجود مصلحة في المبادرة بشهادته ، فلا تقبل شهادته، ويعامل معاملة المدعي الذي يحمي بدعواه مصلحته الخاصة .

أما إذا لم يلحظ القاضي مثل هذه التهمة ، فإنه يقبل منه شهادته ، ويأمره القاضي بأن يأتي بشاهد آخر يؤكد فيها صدق دعواه .

وبهذه الحالة لم يكلف القاضي الشاهد بأن يأتي بشاهدين وإنما بشاهد واحد ؛ لأنه هو الشاهد الثاني .

وهذا هو الفارق بين الدعوى والشهادة .

والأمر قد يستتبع أحكاماً خطيرة كما في الزنا ، فإن اعتبره القاضي مدعياً ألزمه بتحصيل أربعة غيره ليشهدوا على ما يقوله ، فإن تعذر تحصيل الرابع أقيم الحد عليهم لأنهم قذفة .

فالقول على هذا بأن دعوى الحسبة وشهادة الحسبة متشابهتين غير صحيح ، بل الفارق بينهما له خطورته وأهميته .

وهذا يرد على الفريق الأول القائل بأنه لا تسمع الدعوى فيما هو حق لله ، معللين ذلك أنه لا حاجة لدعوى الحسبة . وهذا غير صحيح .

فإن القاضي إذا لم يقبل شهادة الحسبة انقلبت على الفور إلى دعوى الحسبة ، واستتبع ذلك جملة الفروق بين الدعوى والشهادة .

ومما يدل على هذا الاستنتاج ما ذكرته كتب السنن من آثار تدل على أن القاضي هو الذي يحدد أن المخبر خصم أو أنه شاهد ، ومن ذلك ما رواه البيهقي في سننه ، أن عمر رضي الله عنه استعمل قدامة بن مظعون على البحرين وهو خال حفصة وعبد الله بن عمر ، فقدم الجارود سيد عبد القيس على عمر ، فقال : يا أمير المؤمنين ، إن قدامة شرب فسكر ، وإني رأيت حداً من حدود الله حقاً عليّ أن أرفعه

إليك ، فقال عمر رضي الله عنه : من شهد معك؟ قال : أبو هريرة ، فدعا أبا هريرة فقال : بم تشهد ؟ فقال : لم أره شرب ، ولكني رأيته سكران يقيء ، فقال عمر رضي الله عنه : لقد تنطعت في الشهادة ، قال : ثم كتب إلى قدامة أن يقدم عليه من البحرين ، فقدم ، فقام إليه الجاورد ، فقال : أقم على هذا كتاب الله ، فقال عمر رضي الله عنه : **أخصم أنت أم شهيد** ؟ قال : بل شهيد ، قال : فقد أديت الشهادة ، فصمت الجاورد حتى غدا على عمر فقال : أقم على هذا حد الله ، فقال عمر رضي الله عنه : **ما أراك إلا خصماً ، وما شهد معك إلا رجل واحد** ، فقال الجارود : إني أنشدك الله، فقال عمر : لتمسكن لسانك أو لأسوءنك ، قال أبو هريرة : إن كنت تشك في شهادتنا ، فأرسل إلى ابنة الوليد فاسألها ، وهي امرأة قدامة ، فأرسل عمر إلى هند بنت الوليد ينشدها ، فأقامت الشهادة على زوجها ، فقال عمر لقدامة : إني حادك فقال : لو شربت كما يقولون ، ما كان لكم لتجلدوني ، فقال عمر رضي الله عنه : لم ؟ قال قدامة : قال الله عز وجل : ﴿ لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَعَمِلُواْ ٱلصَّٰلِحَٰتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوٓاْ ﴾ الآية[1]. قال عمر رضي الله عنه : أخطأت التأويل ، إن اتقيت الله اجتنبت ما حرم عليك ، قال : ثم أقبل عمر رضي الله عنه على الناس فقال : ماذا ترون في جلد قدامة ؟ قالوا : لا نرى أن تجلده ما كان مريضاً ، فسكت عن ذلك أياماً ، ثم أصبح يوماً ، وقد عزم على جلده ، فقال لأصحابه : ما ترون في جلد قدامة ؟ فقال القوم : ما نرى أن تجلده ما دام وجعاً ، فقال عمر رضي الله عنه: لأن يلقى الله عز وجل تحت السياط ، أحبّ إليّ من أن يلقاه وهو في عنقي ، ائتوني بسوط تام ، فأمر عمر رضي الله عنه بقدامة ، فجلد[2].

---

(١) (سورة المائدة ، آية رقم ٩٣) .

(٢) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٣١٥/ ح١٧٢٩٣، ١٧٢٩٤، وله متابعات ذكرها) (مصنف عبد الرزاق/ ج٩ص ٢٤١/ ح١٧٠٧٦) (ابن سعد/ الطبقات الكبرى/ ج٥ص٥٦٠) (الشيباني/ الآحاد والمثاني/ ج٣ص٢٦٢/ ح ١٦٣٦) (البخاري/ التاريخ الصغير/ ج١ص٤٣/ ح١٥٠) وقد ذكرها تعليقاً في الصحيح كما سبق وتم تخريجه .

وهذه الرواية تؤكد الفرق بين المدعي والشاهد ، فإن الجارود رضي الله عنه عندما جاء إلى عمر رضي الله عنه وأخبره بمخبر قدامة ، قبل شهادته ابتداءً ، ولذلك طلب منه شاهداً آخر يؤكد ما يقوله، فكان الشاهد أبا هريرة رضي الله عنه ، فلما شهد أبو هريرة قبل شهادته ، ولذلك أمر قدامة بالحضور ، أما تأخير إقامة الحد على قدامة حتى ذكّره الجارود بها فقد ذكر البيهقي عقب روايته أن السبب هو عدم اجتماعهما على شرب الخمر ، فكانت شهادة أبي هريرة فيها بعض الخلاف عن شهادة الجاورد [1]، ثم بعد أن أظهر الجارود رضي الله عنه الحرص على إقامة الحد على قدامة شك عمر رضي الله عنه في وجود نفع في شهادة الجارود على قدامة ، فذكره أن هذا الحرص علامة على أنه خصم وليس بشاهد ، فسأله أخصم أم شهيد؟ فأجاب أنه شهيد لا نفع له فيما يشهد . وهذا فيه دلالة على التفريق بين الدعوى والشهادة .

ثم طلب الجارود ثانية إقامة الحد على قدامة ، فقال عمر رضي الله عنه : ما أراك إلا خصماً ، فزاد شك عمر رضي الله عنه أن هناك تهمة نفع فيما يقوله ، فقال له : ما أراك إلا خصماً ، وما شهد معك إلا رجل . وهذا يدل على أن التهمة قد زادت .

عندها أرشده أبو هريرة بعد أن لمس من عمر أنه يشك في شهادتهما أن يرسل إلى زوجة قدامة ، فأرسل إليها وجاءت ، فشهدت بصدق ما ذكر في حق زوجها ، فصار عمر رضي الله عنه إلى إقامة الحد على قدامة .

وبقول زوجة قدامة قطع الشك عنده بيقين ، فعلم أن قدامة شرب الخمر ، وهو بهذا لم يحكم بشهادة المرأة ، وإنما بشهادة الجارود وأبي هريرة رضي الله عنهم أجمعين ؛ لأن شهادة المرأة في الحدود لا تقبل ، فلو لم يكن من الشهود إلا زوجة قدامة ومعها شاهد آخر لما حدّه ، إلا أنه هنا أخذ بقولها مزيلاً للشك الحاصل عنده ،

---

(١) انظر : (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٣١٥/ ح١٧٢٩٣) .

وهذا جائز ، كما فعل النبي ﷺ حين سأل الجارية في قضية الإفك ، وقد قال له علي رضي الله عنه : « سل الجارية تصدقك » ، فسألها : « هل رأيت من شيء يريبك » ؟ قالت : « ما رأيت أمراً أكثر من أنها جارية حديثة السن ، تنام عن عجين أهلها فتأتي الداجن فتأكله » [١].

فإن شهادة المرأة يجوز التوثق بها ، حتى وإن كان في حد من حدود الله تعالى . وهذا من باب الاستئناس بقولها . وهذا هو شأن عمر رضي الله عنه في امرأة قدامة ، فإنه بعد أن شك أرشده أبو هريرة إلى أنه يمكنه التوثق بشهادة زوجة قدامة .

ويدل على ذلك قول أبي هريرة : « إن كنت تشك في شهادتنا ... » الخ ، وفي رواية ابن سعد في كتاب الطبقات : أن عمر رضي الله عنه لما هدد الجارود ، قال الجارود : « والله لولا الله ما هممت بذلك » ، فأراد التأكيد على نفي التهمة عن نفسه بوجود نفع من شهادته ، وأوردت الرواية تصديق عمر حيث قال له : « صدقت والله إنك لمتنحي الدار [٢] كثير العشيرة»
ثم أمر بإقامة الحد على قدامة [٣] .

وهذا يؤكد أن حكمه كان بشهادة الجارود وليس بشهادة المرأة .

وبذا يتضح أن ما يسميه البعض دعوى الحسبة كقرين لشهادة الحسبة ليس دقيقاً ؛ لأن طرق ثبوت الأحكام في تحصيل حقوق الله أحد أمرين ، إما دعوى وإما شهادة حسبة .

أما الدعوى فهي وإن كان المطالب فيها يطالب بحق لله تعالى ، إلا أن إلزام القاضي له بسلوك طريق الدعوى لحصول تهمة النفع لما يشهد به يجعلها دعوى كبقية الدعاوى ، ولا فائدة في تسميتها دعوى الحسبة مطلقاً ؛ لأنها لا تختلف عن الدعاوى

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص٢١٥.

(٢) متنحي الدار : نحا نحوه ، إذا قصده ، والنحو القصد نحو الشيء ، يريد بذلك أن داره مقصودة دلالة على كرمه وإغاثته الملهوف . (ابن منظور/لسان العرب/ج١٥ص٣٠٩) .

(٣) انظر : (ابن سعد/الطبقات الكبرى/ج٥ص٥٦١) .

الأخرى في شيء ، حتى في المصلحة التي يرجو المدعي حمايتها ، فإن إلزام القاضي له بالدعوى دليل على أنه أراد نفعاً خاصاً ، فلم يقبل شهادته ، فبقي أن يثبت دعواه بما تثبت به بقية الدعاوى .

فإن سميت دعوى حسبة أو دعوى فقط ، فإنه لا فرق بينهما مطلقاً .

أما الشهادة فإن القاضي إذا قبل من المخبر قوله وخبره ، وانتفت التهمة عنده في المخبر ، أصبحت الطريق مختلفة عن طريق الدعوى في كل ما تفترق فيه الشهادة عن الدعوى ، ولذا صح أن تسمى شهادة الحسبة .

ويكون القاضي بقبول هذه الشهادة أكد أن المخبر يريد بقوله هذا وجه الله تعالى ، فقبل منه شهادته .

وهذا الفصل لم يتحصل عند بعض الفقهاء ، ولذلك نص البعض على أن شهادة الحسبة هي ذاتها دعوى الحسبة[1] .

والسبب الذي جعل الفريق الأول يمنع سماع الدعوى في حقوق الله أنه أمكن تحصيلها بما هو أقوى وأعلى من الدعوى وهي الشهادة ، فمنعوا سماع الدعوى ، وهم بهذا يحافظون على منزلة من قام يدافع عن حق الله ، فرفعوه درجة فوق المدعي العادي ؛ لأن الأخير ينازع عن مصحلته الخاصة .

وقرروا أنه لا فائدة من الدعوى وهي الأدنى ما دام حق الله محفوظاً بالشهادة وهي الأعلى ، ويبدو أن منعهم للدعوى كان خوفاً من أن يترتب على المدعي في حقوق الله تعالى ما يضر به، كحد قذفٍ إذا ادعى على إنسان بالزنا ، فإن ثبوت براءة المدعى عليه يعني إقامة حد القذف على من ادعى عليه بالزنا .

إلا أن هذه النظرة لا تستقيم مع بعض الشهود ؛ ذلك أن فتح باب قبول الشهادة في حق الله مطلقاً سيؤدي إلى استغلاله ممن له غرض شخصي فيما يشهد به، كالكيد بإنسان ما أو الانتقام منه أو غيرها من الدوافع الخاصة المخالفة للشريعة . ولذا كان للقاضي أن يحدد أن هذه الشهادة هي حسبة لله أم أنها لمصلحة خاصة ،

---

(١) انظر : (ابن مفلح/ الفروع/ ج١٢ص١١٥) ، وقد نقله عن صاحب التعليق .

فيعاملها معاملة الدعوى ، حتى لا يفتح باب الشهادة في حق الله فيما لم توجد الشهادة لأجله ، ولا أن يغلق باب الشهادة فلا يردع المنتهكين لحرمات الله رادع ، بل الواجب أن يوازن بين الأمرين .

والقاضي بعد أن يتبلغ الشهادة حسبةً لله تعالى ، يصبح هو المسؤول عن تحصيل حق الله تعالى ، وينتهي دور الشاهد عن حدود التبليغ ، وهذا واضح من قول عمر رضي الله عنه للجارود بعد أن سأله خصم أم شهيد، وبعد أن أجابه أنه شهيد فقال له: « فقد أديت الشهادة »، وهذا يعني أن الواجب الذي يلزمك هو التبليغ ، أما بقية الإجراءات والأحكام فهذا أصبح من شأن القاضي ؛ لأنه موكل بتحصيل حقوق الله تعالى ، ولا يحق للشاهد المطالبة بالإسراع مثلاً في تحصيل حق الله ، أو أن يطلب من القاضي أن يتشدد مع المشهود عليه ليظهر وجه الحق ؛ لأن هذا شأن المدعي بحق خاص ، ولا يستقيم مع حال الشاهد لحق الله تعالى .

المطلب الثاني

حق الادعاء الجزائي

في هذا المطلب أتناول حق الادعاء الجزائي ، لمعرفة من يملكه ومن يمثل حق الله تعالى في التقاضي .

أما الحقوق الخالصة لله تعالى كشرب الخمر ، والزنا بغير تعدٍّ ، والتجسس ، ودعوى القتل لمن لا وارث له ، ودعوى قذف من لا وارث له[1] ، وقاطع الطريق الذي لم يتب وقبل أن يقدر عليه[2] ، فهي مما لاحق مباشر للعبد فيها ، أو كان له حق فأسقطه بموافقته ، كحالة الزنا ، فإنها تارة تكون حقاً خالصاً لله ، وهذا هو المتداول عند الفقهاء ، وتارة يكون حقاً مشتركاً .

مثال الأول : قول ابن عابدين فيما تقبل فيه الشهادة حسبة :

---

(١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٨٦) .

(٢) المرجع السابق .

« الوقف للفقراء أو للمسجد ونحوه ، وطلاق الزوجة ، وتعليق طلاقها ، وحرية الأمة وتدبيرها ، والخلع ، وهلال رمضان ، والنسب ، وحد الزنى ، وحد الشرب ، والإيلاء ، والظهار ، وحرمة المصاهرة ، ودعوى المتولي نسب العبد ، والشهادة بالرضاع »[1].

فالزنى هنا اعتبره حقاً خالصاً لله ، وهذا برضا الطرفين .

ومثال الثاني : ما يسميه الفقهاء اغتصاباً ، وخصوصاً المالكية[2] ، وقد جعلوا له باباً خاصاً باسمه في كتبهم .

يقول ابن عاصم في تحفته في فصل الاغتصاب :

وواطئ لحرة مغتصبا	∴	صداق مثلها عليه وجبا
إن ثبت الوطء ولو ببينة	∴	بأنه غاب عليها معلنة
وقيمة النقص عليه في الأمة	∴	هبها سوى بكر وغير مسلمة
والولد استرق حيث علما	∴	والحد مع ذاك عليه فيهما[3]

وقال في الشرح : « الاغتصاب هو أن يغصب امرأة ويكرهها على الزنا ، وزنى بها مكرهة »[4].

وقد جعلوا عقوبة على من فعل ذلك الحد والصداق ، لكونه فيه حقان ؛ حق الله وحق العبد . وهذا عند المالكية والشافعية[5].

---

(١) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ص٤٠٩) .

(٢) (العدوي/ حاشية العدوي/ ج٢ص١٢٥) (مالك/ المدونة/ ج٤ص١٥٨) (الزرقاني/ شرح الزرقاني/ ج٤ ص٢١) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٥ص٣٨) (ابن عبد البر/ التمهيد/ ج٢١ص٢٥٧) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٤ ص١٦٥) .

(٣) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج٢ص٢٦٠) .

(٤) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج٢ص٢٦٠) .

(٥) (الباجي/ المنتقى شرح الموطأ/ ج٥ص٢٦٩) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٣٢) (الهيتمي/ تحفة المحتاج / ج٩ص١١٥) (عليش/ منح الجليل/ ج٧ص١٢٤) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ ص٨٣، ٨٤) (البغدادي/ مجمع الضمانات/ ص٢٠٢) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٢ص١٥٠) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٤ص٣٥).

وخالفهم في هذا أبو حنيفة والثوري[1][2] .

يقول في المبسوط : « فأما إذا زنا بمكرهة يلزمه الحد دون المهر عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله تعالى يجب المهر لها »[3] .

ولقد ذكر بعض الحنابلة حالة الزنا بالإكراه في باب الغصب في المعاملات[4] ، وذلك إذا زنى بجارية بالإكراه ، فكأنها متاع ، فناسب جعلها في باب اغتصاب الأعيان .

كل ما سبق يدل على أن الزنا نوعان :

زنا المطاوعة ، وزنا الإكراه .

فالأول من حقوق الله الخالصة ، وذلك أنها رضيت بسقوط حقها ، ورضاها في ذلك معتبر ، والثاني من الحقوق المشتركة ، وهو ما يشبه بقية الحقوق المشتركة كالقتل والقذف والسرقة والزنى بالإكراه .

وقد حصل خلاف في القذف ؛ أما من حيث الأصل فإن فيه حقاً لله وحقاً للآدمي ، وإنما الخلاف في أيهما أغلب ، يقول ابن نُجيم عن القذف : « ولا خلاف في أنه فيه حق الشرع وحق العبد ، فإنه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص ، فمن هذا الوجه حق العبد ، ثم إنه شرع زاجراً ومنه سمي حدّاً ، والقصد من شرع الزواجر إخلاء العالم عن الفساد ، وهذا آية حق الشرع ، وبكل ذلك تشهد الأحكام »[5] .

---

(١) الثوري : أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري ، ولد في خلافة سليمان بن عبد الملك ٩٦هـ، ومات في خلافة المهدي سنة ١٦١هـ ، فقيه عالم محدّث ، قال فيه ابن عيينة : ما رأيت رجلاً أعلم بالحلال والحرام من سفيان الثوري . (الشيرازي/ طبقات الفقهاء/ ص٨٥) .

(٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٥٣) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٢ص١٥٠) (البغدادي/ مجمع الضمانات/ ص٢٠٢) .

(٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٥٣) .

(٤) (المرداوي/ الإنصاف/ ج٦ص١٦٨) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٤ص٣٥) .

(٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٣٩) .

ولنبدأ بتفصيل الأحكام لكل حق .

فإذا كان الحق مشتركاً ، فمن هو صاحب الحق في رفع الدعوى لتبدأ بذلك الخصومة ؟

يقرر الفقهاء عدم قبول شهادة الحسبة فيما فيه حق للآدمي ؛ فقالوا : « وتقبل شهادة الحسبة في حقوق الله تعالى لا في حق آدمي »[1].

وقالوا : « تشترط الدعوى فيما لا تسمع فيه شهادة الحسبة »[2].

وعللوا ذلك كما ذكر سابقاً بأن صاحب الحق لم يطالب بحقه ، فبأي حق يطالب هذا الشاهد ؟!

وهذا يختلف عما لو رفع الأمر للقضاء ثم حصل العفو ، فهل للإمام أن يعاقب أم لا ؟ فيه خلاف ، ورأي الجمهور أنه يصح تعزيره لحق الله ، وأنه متروك للإمام إن شاء عزر ، وإن شاء أسقط ، أما قبل الرفع فالحق للآدمي تحديداً .

يقول ابن قدامة : « الحقوق على ضربين ؛ أحدهما : حق لآدمي معين ، كالحقوق المالية والنكاح وغيره من العقود ، والعقوبات كالقصاص وحد القذف والوقف على آدمي معين ، فلا تسمع الشهادة فيه إلا بعد الدعوى ؛ لأن الشهادة فيه حق لآدمي فلا تستوفى إلا بعد مطالبته وإذنه ، ولأنها حجة على الدعوى ودليل لها، فلا يجوز تقدمها عليها »[3].

ويقول صاحب تحفة المحتاج : « إن من يدعي حقاً لغيره وليس وكيلاً ولا ولياً، لا تسمع دعواه »[4].

---

(١) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص٣٣٥) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣٣١) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ج١٠ص٣١٠) (الرملي/ نهاية المحتاج/ج٨ص٣٣٣) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٤٩٩) .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص٢٠٢، ٢٠٣) .

(٤) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص٣١٠) .

فاتفقوا على أن حق المطالب في هذه الحقوق لأصحابها ، ونقل الاتفاق غير واحد من العلماء[1] .

وقالوا : إن له مباشرة الادعاء وبذل الحجج والدفاع عن حقه[2] .

وإن كان الحق مشتركاً لأكثر من واحد ، فيكتفى بطلب واحد منهم[3] .

ولو أردت استخلاص قاعدة في رفع الدعوى الجزائية في الحقوق المشتركة لأمكن القول:

(إن كل حق لآدمي عفا عنه صاحبه أو لم يؤاخذ به ، فليس للغير أن يؤاخذ به).

ويرفع الدعوى يكون المدعي قد بدأ إعلان المطالبة بالحق والخصومة ، فالدعوى سابقة للخصومة ، وهذا يعني أن الخصومة ممنوعة قبل الدعوى ، فلو أن القاضي حكم في حق لآدمي دون وجود دعوى ، كان حكمه باطلاً ؛ لأنه لم يوافق محله .

أما إن كان الحق لآدمي ولم نعلم عفو صاحبه عنه ولو بالقرينة ، فإن للغير أن يؤاخذ به .

ومثال الأول : سُرق مال لإنسان وعلم المسروق منه ، ولم يرفع للإمام فيه مع قدرته على ذلك ، فلا يجوز للغير أن يؤاخذ السارق به ، أي بهذه السرقة ، سواء أكان هذا الغير قاضياً عن طريق الحكم عليه ، أو كان عن طريق ثالث يشهد عليه حسبةً ؛ ذلك أن العادة القاضية بطلب الحق والشكوى في مثل هذه الحالة قيده عفو صاحب الحق ، ويفهم ذلك إما صراحة أو بالقرائن .

---

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٣٧، ٣٩)(عبد القادر عودة/ التشريع الجنائي الإسلامي/ ج٢ص٤٨٠).

(٢) (مالك/ المدونة/ ج٤ص٥٣٣) (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢٤٧) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٤٠٢) .

(٣) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٦ص٣٧) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٣ص٣١٦) (البجيرمي على المنهج/ ج٢ص٤١٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٣ص١٣١) .

ومثال الثاني : إنسان مسافر وله بيت ، وتعرض بيته للسرقة ، ولم نعلم عفو صاحب البيت ولا إرادة المؤاخذة ، فيحق لأحد العامة أن يرفع الأمر للقضاء حتى يحقق في الأمر ويفتش عن الفاعل ، وذلك تغليباً للعادة أنه في مثل هذه الحالة سيدعي ويشتكي ، ولا نكون قد فقدنا الفاعل بتوهم العفو .

وليس في هذا ما يناقض أقوال الفقهاء ؛ ذلك أن عامة الفقهاء عندما منعوا الادعاء في حق الآدمي كانوا يستحضرون الحق الخالص للآدمي كالديون والأموال[1]، أما الحقوق المشتركة فالقاعدة فيها ما ذكرت ، والله أعلم .

وفي هذه المسألة يظهر لي وجه شبه ووجه فرق بين الشريعة والقانون الوضعي.

أما وجه الشبهة ؛ فالشريعة تمنع في الحقوق المشتركة الرفع أمام القضاء قبل حصول ادعاء أو طلب أو شكوى من صاحب الحق ، فإن لم توجد الشكوى فلا دعوى على التفصيل الذي ذكرت قبل قليل .

أما في القانون الوضعي ، فإنه يمنع أحدٌ من تحريك الدعوى قبل الشكوى والطلب[2] .

وبذلك تكون حرية النيابة وهي الممثلة لحق المجتمع مقيدةً ، فلا يجوز لها أن تتخذ أي إجراء من إجراءات التحقيق إلا بعد رفع الدعوى ، فإذا باشرت تحقيقاً قبل الدعوى ، فإنه يعتبر باطلاً قانوناً ، ولو تم تقديم الشكوى بعد ذلك ، ولا يصحح هذا الإجراء الباطل إلا إعادة التحقيق من جديد[3] .

أما أوجه الفرق ، فإنها من عدة وجوه :

---

(١) يقول الشيخ علي حيدر : « يشترط سبق الدعوى في قبول الشهادة بحقوق الناس » . (درر الحكام/ ج٤ص٣٨٨/ م١٦٩٦) . وذلك يدل على أن مقصدهم في هذه الحقوق ، الحقوق الخالصة .

(٢) وتحريك الدعوى عندهم يختلف عن رفع الدعوى ، فإن رفع الدعوى هو البداية ، ثم تحريك الدعوى يلي الرفع . انظر (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية/ ص١٣٢) .

(٣) انظر : (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية/ ص١٣٢) .

١- أن الشريعة فرقت بين حق الله والحق المشترك في الجزائيات ، وأعطت لكل حالة حكماً، وهذا يقتضي دقة أكبر في إعطاء كل حالة حكمها، ويظهر مرونة القانون الشرعي.

أما القانون الوضعي ، فلم يفرق بين حق الله أو الحق العام ، والحق المشترك من حيث تمييز الحق المعتدى عليه ، بل اعتبر كل الجرائم اعتداءً على حق المجتمع ، وفرق بين أنواع الجرائم من حيث شدة العقوبة[١] .

٢- أن القانون وإن اعتمد في تحريك الدعوى الجزائية على شكوى أو طلب من المجني عليه ، إلا أنه وبعد أن يرفع الطلب ويقدم الشكوى ، لا يحق لا له ولا لغيره أن يحرك هذه الدعوى إلا من النيابة العامة ، وهذا ما يعرفه أهل القانون الوضعي باحتكار النيابة العامة لوظيفة الاتهام ، وبالتالي استئثارها بحق استعمال الدعوى الجزائية ومباشرتها[٢] .

وهذا الاحتكار أدى في حقيقة الأمر إلى جملة من المشاكل طرحها شراح قانون أصول المحاكمات الجزائية ، وأفاضوا في شرحها وتبيينها ، كحالة تعدد الجرائم ، وحالات الارتباط البسيط والوثيق ، وحالة تعدد المتهمين ، وحالة تعدد المجني عليهم[٣] .

ولو أنهم أخذوا بالنظام الشرعي لما وقعوا فيما وقعوا فيه ؛ فالنظام الشرعي يسمح بازدواجية تحريك الدعوى ، ولا يسمح باحتكارها ، فالمجني عليه يمارس دوره في عملية المحاكمة وطرح الحجج ، ولولي الأمر أن يسخر له من يعاونه ويساعده في إبراز حججه ودعمها .

---

(١) انظر : (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية/ ص١٣٠) ، حيث إن السرقة عندهم كالقتل والزنا ، وتسمى بالجنايات .

(٢) انظر : (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية/ ص٨٢) .

واستثنى القانون من حالة الاحتكار حالة واحدة وهي إذا أساء المتهم للمحكمة ، فللقاضي الحق في الاتهام والتحقيق والحكم ، وذلك حفاظاً على هيبة المحكمة .

(٣) انظر : (جلال ثروت/ نظم الإجراءات الجنائية/ ص٨٨، ١٢٦، ١٣٠، ١٣١) .

يقول صاحب درر الحكام : « يجب على المدعي أن يكون عالماً قبلاً بشروط الدعوى ثم يدعي ، فلذلك للقاضي إذا وجد المدعي غير قادر على تصوير دعواه كما ينبغي أن يأمر أحداً بتعليمه الدعوى والخصومة »[1].

ويقول ابن نُجيم : « إن المدعي إذا كان جاهلاً ، فإن القاضي يسأل المدعى عليه بدون طلب المدعي ... ويجوز للقاضي أن يأمر رجلاً يعلم المدعي الدعوى والخصومة إذا كان لا يقدر عليها ولا يحسنها »[2].

والملاحظ أن الذي يعلِّم كيفية الدعوى هو طرف ثالث يكلفه القاضي بذلك ، ولا يسمح للقاضي بذلك خوفاً من التهمة ، فإنه لا يصح للقاضي أن يعلم المدعي كيفية الدعوى ؛ لأن التهمة في ذلك قوية[3] ، فكان لا بد من طرف ثالث .

ويقول في درر الحكام : « معاونة القاضي للمدعي في تصحيح دعواه فيه تهمة للقاضي وانكسار لقلب الطرف الآخر ، إلا أنه إذا أمر القاضي أحداً من أهل العلم أن يعلم المدعي -الذي لا يعلم الدعوى والخصومة- الخصومة وعلمه ، فهو جائز عند أبي يوسف ؛ لأن القاضي منصوب للنظر في أمور العباد ، والنظر في هذا الأمر هو إحياء للحقوق »[4].

فمقصد النيابة عندنا إحياء الحقوق ، فإذا أدت إلى موتها فهي باطلة ؛ لأن الأمور بمقاصدها ومآلاتها .

ثم إن السبب في منح الحرية للمجني عليه ليمارس دوراً في عملية التقاضي ، كون الإجراءات في الشريعة سهلة ميسورة ، بعكس القوانين الوضعية .

---

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص١٧٩) ، ومثله : (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٣٧٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص٢٠٢) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٤٨٥) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص٢٠٢) .

(٣) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٢٦٢) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص١٥٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٥٩٣، ٥٩٤) .

(٤) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٢٥) .

ثم إن خطأ المجني عليه في بعض إجراءات الدعوى في الشريعة لا يترتب عليه الأثر المترتب على الخطأ في إجراءات الدعوى في القانون الوضعي ، فالخطأ عندهم قد يبطل القضية وليس هذا حال الشريعة على ما سنبينه في الفصل الخامس إن شاء الله .

ثم إن في احتكار النيابة للخصومة وحرمان المجني عليه من حق ممارسة الخصومة ، وحصره كشاهد على القضية ، فيه تضييع لحقوقه الأصلية المشروعة ، فالاعتداء وقع عليه ابتداءً ثم على الأمة انتهاءً ، فكيف تنقلب الموازين ليصبح دوره ثانوياً ، بينما دور النيابة هو الأصيل ، وكما يقال : ليست النائحة كالثكلى .فإن كان بالإمكان تفهم ذلك حالة الشهادة حسبةً فلا يمكن تفهمه حالة الإدعاء بحق الآدمي أمام القضاء.

بل إنه في الأنظمة القضائية الغربية يمكن للنيابة عقد صفقات مع الجاني لتحقيق مصلحة ما ، ويضيع نتيجة لذلك بعضاً من حق المجني عليه ، وهذا كله نتيجة احتكار الخصومة من النيابة العامة .

أما في الشريعة فالنيابة تساعد المدعي أو المجني عليه على إظهار حقه ، خصوصاً وأن المدعي ليس لديه من الوسائل اللازمة للتحري ما يقدر عليه القاضي وأعوانه بما وضع تحت أيديهم مما يمكنهم كشف الحقائق وتقصي الواقع[(١)] .

وهذا في الحالة التي تكون النيابة طرفاً منظماً ، فلا تعتبر خصماً في الدعوى ، وإنما تتدخل في دعوى مرفوعة من المدعي لإبداء الرأي فيها ، معاونة للقضاء ، وإذا كانت المحكمة لا تتقيد برأيها ، إلا أن لهذا الرأي قيمة أدبية باعتباره رأياً محايداً .

أما في حالة أخرى ، فتكون النيابة طرفاً أصلياً في الدعوى ، كما في حالة قذف من لا وارث له وقتله ، فإن النيابة عندها تكون طرفاً أصلياً ، وتكون خصماً حقيقياً لها كل ما للخصوم من حقوق وما عليهم من واجبات[(٢)] . وهذا يقودنا إلى السؤال

(١) انظر (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص١٠٨) .

(٢) انظر (عبد الرحمن عياد/ أصول علم القضاء/ ص١٠٢، ١٠٣) .

التالي :

إذا كان الحق لله ، فمن له حق الرفع ؟

يقول ابن قدامة : « الضرب الثاني : ما كان حقاً لآدمي غير معين ... كالحدود الخالصة لله تعالى ... فلا تفتقر الشهادة به إلى تقدم الدعوى ؛ لأن ذلك ليس له مستحق معين من الآدميين يدعيه ويطالب به » [(١)].

فسواء قلنا شهادة حسبة أو دعوى ، فلا بد من حصول الخصومة ، فمن يتولاها ؟

أما الشهادة فهي لكل واحد من المسلمين ؛ فقد قال الفقهاء :

وشهادة الحسبة تكون إلى كل واحد من الناس ، ويكتفى بطلب واحد من العامة [(٢)]، وسواء أكان مسلماً أو ذمياً أو عبداً أو حراً [(٣)]، والصبي والمجنون يشترط أن يكون من وليهما .

أما الخصومة فيما هو حق لله تعالى ، فقال العلماء فيها :

لأن ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد به ، ولا كذلك عكسه ، لأنه لا ولاية للعبد في استيفاء حق الشرع إلا نيابة[(٤)] .

ومن المقرر فقهاً اختلاف حق الله تعالى في الطلب والاستيفاء عن حق العبد ، فما هو حق لله لم يثبت توليته إلا للولاة ، سواء أكان حداً أم تعزيراً[(٥)] .

والسبب راجع إلى أن هذه الجرائم تفتقر إلى تحرير الجناية ، وذلك لا بد فيه من خصم يدافع عن حق الأمة .

---

(١) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص٢٠٣) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ص٥٢٤) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ ص٢٤٨) (البهوتي/ شرح منتهى الإرادات/ ج٣ص٥١٢) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣٣١) (الرملي/ فتاوى الرملي/ ج٤ص١٧٨) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص٢٨٦) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٤٩٩) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٣٥، ٣٣٦) .

(٢) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٦ص٣٧) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٢٥٨) .

(٣) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ص١٠١) .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٣٩) .

(٥) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ص٦٥) .

يقول صاحب درر الحكام : « ينتصب أحد العامة عن الباقين من العامة في المحال التي منفعتها عائدة إلى العموم »[1].

ويشهد لذلك جميعاً ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن عمر بن عبد العزيز قال : « السلطان ولي من حارب الدين ، وإن قتل أخا امرئ أو أباه »[2].

ونقل القرطبي الإجماع على هذا[3] .

فالأثر وإن كان يتناول حد الحرابة ، إلا أن المعنى فيه أن اجتماع الحقين في حد واحد يجعل حق الولاية في المطالبة بدم المقتول أو مال المسروق للسلطان ، ذلك أنه من الحدود التي لا يسقطها العفو بعد الرفع ، فصار السلطان هو الذي يتولى تحصيل الحق ، كما لو أنه كان أخا المقتول أو أباه ، وصار السلطان هو الذي يخاصم المتهم ، لأنه الولي ، وهذا هو مفهوم النيابة عن الأمة في تحصيل حقوقها ممن اعتدى عليها .

وما روي عن العبادلة الثلاثة موقوفاً ومرفوعاً : « أربعة إلى الولاة : الحدود والصدقات والجمعات والفيء »[4].

ويقول الإمام الزيلعي في توضيحه : « لأنه حق الله تعالى ؛ إذ المقصود من شرعه إخلاء العالم عن الفساد ، ولهذا لا يسقط بإسقاط العباد ، فتكون الولاية مستفادة بالنيابة من الله تعالى »[5].

ولذلك يقتصر دور الفرد المطالب بحق الله تعالى عند حد الرفع أو الشكوى ، وينتهي عندها دوره فلا يعدّ خصماً ، ولا تكون له حقوق الخصم ولا واجباته ، فتقوم النيابة بدور الخصم باعتبار أن دعوى الحسبة تتعلق بمصلحة الجماعة ، ويترتب

---

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٢٢٧، ٢٩٣) .

(٢) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص٥٠٦/ ح٢٨٤٤١/ ج٦ص٣/ ح٢٩٠١٢) رواه موقوفاً على عمر بن عبد العزيز (مصنف عبد الرزاق/ ج١٠ص١١١/ ح١٨٥٥٤) (السنة للخلال/ ج١ص١٥٠/ ح١٢٢) .

(٣) (القرطبي/ تفسير القرطبي/ ج٦ص١٥٦) .

(٤) سبق تخريجه . انظر ص٨٥ .

(٥) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٣ص١٧١) .

على ذلك أنه لا يقبل من رافع الدعوى للحسبة التنازل عنها ، وأن المحكمة لا تتقيد في حكمها بطلبات المدعي[1] .

ثم إن هذه الحقوق شرعت لمصلحة تعود إلى كافة الناس لا لأحد بعينة ، يقول ابن تيمية ما نصه :

« فالقسم الأول الحدود والحقوق التي ليست لقوم معينين بل منفعتها لمطلق المسلمين أو نوع منهم ، وكلهم محتاج إليها ، وتسمى حدود الله وحقوق الله ، مثل حد قطاع الطريق والسراق والزناة ونحوهم ، فهذا القسم يجب على الولاة البحث عنه وإقامته من غير دعوى أحد به »[2].

ومما يدلل على أن مصلحتها عائدة إلى الناس جميعاً ، أنها إذا بلغت الإمام فلا عفو ولا إسقاط ولا شفاعة .

وقد عبّر بعض العلماء عن المتعدين على حق الله بأنهم غرماء للإمام ونائبة ؛ يقول الإمام العراقي صاحب طرق التثريب :

« وذكر أصحابنا في الأعذار في الجمعة والجماعات من له غريم يخاف فوته ، والظاهر أن أرباب الجرائم في حق الإمام و نائبة كالغرماء »[3].

والذي يهمنا هو المعنى ، أما الصورة بوجود نيابة متخصصة باختصاصات محددة ، فهذه إجراءات شكلية تنظيمية ليس مكانها هنا ، فلتراجع في مكانها .

وعند الفقهاء قد تتعدد أشكال النيابة عن الأمة في الخصومة ، فقد تكون موزعة على أصحاب الاختصاص بحسب نوع الخصومة .

وقد سئل ابن تيمية يرحمه الله حول معاملة من ارتد ثم أسلم ، فهل يفتقر

---

(١) انظر : (عبد الرحمن عياد/ اصول علم القضاء/ ص١٥٤) .

(٢) (ابن تيمية/ السياسة الشرعية/ ص٥٥) .

(٣) (العراقي/ طرح التثريب/ ج٢ص٣١٣) .

حكم الشافعي إلى حضور خصم من جهة بيت المال أم لا[١] ؟ مما يؤكد أن بيت المال يوكل أحداً يخاصم عنه في تحصيل حقه . وهذا هو مفهوم النيابة .[٢]

مما سبق نعلم أنه من حق الإمام أن يوكل من يخاصم عن الأمة لتحصيل حقوقها وخاصة فيما ليس له خصم من البشر ، كالحدود الخالصة لله سبحانه وتعالى.

ولقد راجعت التشريعات التي تطبق الأحكام الشرعية في أحكامها الجزائية ، ووجدتها قد أخذت بمبدأ المخاصمة عن الأمة ، ومن ذلك قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ ، وقانون الإجراءات الجزائية لعام ١٩٩٢ ، إذ ورد أن إجراءات تحريك الدعوى الجزائية من النظام العام ، وللمحكمة أن تتصدى لذلك بناء على طلب الدفاع أو من تلقاء نفسها[٣] .

---

(١) (ابن تيمية/ الفتاوى الكبرى/ ج٣ص٥١٨/ ج٥ص٢٩٢) .
وعلاقة بيت المال بمال المرتد ، أنه إذا ارتد أهدر دمه ، وأصبح ماله ملكاً لبيت المال . وكان جواب ابن تيمية يشير إلى ان بيت المال يصير احداً من القائمين عليه خصماً في المحاكمات الشرعية ، لتحصيل حق بيت المال .

(٢) أما النصوص التي ترد عند بعض الفقهاء والتي تنص على « أن النيابة لا تجري في الخصومة في الحدود». فالمقصود منها أن ينوب احد عن المدعى عليه الغائب ، فإنه في الحدود ممنوع كما ظهر في محاكمة الغائب، وليس هذا موضوع بحثنا هنا . (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص١٧٠) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٣ص٢٣٠) .

(٣) انظر : (حسن احمد الحمادي/ قضاء الحدود والقصاص والدية/ ص٣٢٣) .

الفصل الرابع

أصول المحاكمات الشرعية الجزائية في نظر الدعوى

موضوع هذا الفصل مخصص لأصول المحاكمات الشرعية الجزائية التي لها اتصال بالمحاكمة ونظر الدعوى ، وهي من المواضيع التي بحثها الفقهاء واستفاضوا في بحثها ، وفيها رسالة سيدنا عمر إلى أبي موسى الأشعري ، والتي يتناسب ذكرها هنا مقدمةً لهذا الفصل ، وكنت قد وعدت بإيرادها سابقاً ، فقد احتذاها قضاة الإسلام ، وذكرها كثير من العلماء وصدّروا بها كتبهم ، ونصها كما يلي :

« بسم الله الرحمن الرحيم ، من عمر أمير المؤمنين ، إلى أبي موسى الأشعري ، سلام عليك ، فإني أحمد الله الذي لا إله إلا هو .

أما بعد : فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة ، فافهم إذا أدلي إليك ، وانفذ إذا تبين لك ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ، آس بين الناس في مجلسك ووجهك وعدلك ، حتى لا ييأس الضعيف من عدلك ، ولا يطمع الشريف في حيفك ، البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلَّ حراماً أو حرّم حلالاً ، لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس ثم راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق ، فإن الحق ومراجعته خير من الباطل والتمادي فيه ، الفهم فيما تلجلج في صدرك مما لم يبلغك من الكتاب والسنة ، اعرف الأمثال والأشباه ، وقس الأمور عندك ، واعمد إلى أحبها إلى الله تعالى وأشبهها بالحق فيما ترى ، واجعل للمدعي حقاً غائباً أو بينة ، أجلاً ينتهي إليه ، فإن أحضر بينته أخذ بحقه ، وإلا وجهت عليه القضاء ، فإن ذلك أجلى للعمى ، وأبلغ في العذر

. والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حدٍّ أو مُجَرَّباً عليه شهادة الزور أو ظنيناً في ولاء أو نسب ، فإن الله تعالى تولى منكم السرائر ودرأ عنكم بالبينات والأيمان ، وإياك والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر للخصوم في مواطن الحق التي يوجب الله بها الأجر ، ويحسن بها الذخر، فإنه من يصلح ما بينه وبين الله ولو على نفسه يكفيه الله ما بينه وبين الناس ، ومن تزين للناس بغير ما يعلم الله منه ، شانه الله ، فما ظنك بثواب الله تعالى في عاجل رزقه وخزائن رحمته ، والسلام »[(١)].

وتعتبر هذه الرسالة من أهم النصوص الواردة في موضوع بحثنا هذا كمّاً ونوعاً، وقد وصف العلماء هذه الرسالة : بكتاب السياسة والقضاء وتدبير الحكم[(٢)].

ويلمس القارئ فيها عظمة الشريعة في أحكامها ومبادئها ، ويعلم أن ما عجز المتأخرون عن تحقيقه وخصوصاً أهل القانون ، كان واقعاً ملموساً في الشريعة .

ويصدق في هذه الشريعة قول الشهيد عبد القادر عودة :

« هي الشريعة التي استطاع علماء القانون الوضعي أن يتخيلوها ، ولكنهم لم يستطيعوا أن يوجدوها »[(٣)].

فأي رقيٍّ تحويه الشريعة ، وأي تفوق حازته أحكامها ، وأي سبق سجله فقهاؤها وحكامها وقضاتها .

وموضوع هذا الفصل يتحدث عن جملة مما ورد في خطاب سيدنا عمر رضي الله عنه ، وكلها متعلقة بالإجراءات والأصول المتبعة في المحاكمة ونظر الدعوى ؛ من تخصيص للقضاء ، وبيان حكم التنازع فيه ، ثم المساواة بين الخصوم ، مع جملة من

---

(١) (سنن البيهقي الكبرى/ج١٠ص١٣٥، ١٤٩/ح٢٠٢٤٧، ٢٠٣٢٤) (سنن الدارقطني/ج٤ص٢٠٧/ح١٥٠١٦) (الزيلعي/نصب الراية/ج٤ص٨١) (ابن حجر/الدراية في تخريج أحاديث الهداية/ج٢ص١٧١، ١٧٢) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص٣٠) (وقد شرح الرسالة شرحاً وافياً ابن القيم في إعلام الموقعين/ج١ص٨٥) .

(٢) (السرخسي/المبسوط/ج١٦ص٦٠) .

(٣) (عبد القادر عودة/التشريع الجنائي الإسلامي/ج١ص١٦) .

الإجراءات اللازمة أو المندوبة للتحاكم ، ثم الأصول المتعلقة بالحجج والأدلة والبينات، ويليها جميعاً إصدار الأحكام الجزائية.

ويأتي هذا الفصل في أربعة مباحث لتوضيح هذه الأصول :

المبحث الأول : تخصيص القضاء .

المبحث الثاني : أصول المحاكمة .

المبحث الثالث : أصول البينات الجزائية .

المبحث الرابع : إصدار الأحكام .

المبحث الأول

تخصيص القضاء

يتناول هذا المبحث أصول تخصيص القضاء لمعرفة مبدأ التخصيص في القضاء، ويبحث كذلك حالة تنازع الاختصاص في حالة الادعاء ، وتنازع الاختصاص عند التعدد ، ويتطرق كذلك إلى تقييد القاضي بالشورى ، ومعرفة مبدأ تدرج التقاضي في الفقه الإسلامي .

فهذا المبحث يحاول الإجابة على جملة من الأسئلة المتعلقة بالتخصيص في القضاء . وقد تناولت الإجابة على هذه الأسئلة من خلال خمسة مطالب :

المطلب الأول : مبدأ تخصيص القضاء .

المطلب الثاني : تنازع الاختصاص عند الادعاء .

المطلب الثالث : تنازع الاختصاص عند التعدد .

المطلب الرابع : الشورى في القضاء .

المطلب الخامس: درجات التقاضي .

وتفصيل هذه المطالب فيما يأتي .

المطلب الأول
مبدأ تخصيص القضاء

الأصل أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق ، سواء أكان حقاً لله أم حقاً للآدميين، وأنه نائب عن الإمام الأعظم في هذا المعنى[1] .

وقد عدّد الفقهاء اختصاصات القاضي ، حتى إن بعضهم بلغ بهذه الاختصاصات مبلغاً عظيماً ، فجعل إليه النظر في كل الأمور التي ينظرها نائب الإمام[2] .

وبالنظر إلى القضاء في عهد رسول الله ﷺ وعهد الخلفاء الراشدين ، نجد أن الإمام الأعظم هو الذي كان يتولى القضاء بنفسه ، فإن كان الإمام بعيداً كان يتولى القضاء الولاة ، وكان القضاء عملاً من أعمال الولاة ، وبقي الأمر كذلك إلى خلافة عمر رضي الله عنه .

وحتى ذلك العهد لم ينفصل القضاء عن الولاية . ويرجع ذلك إلى حجم عمل القاضي في هذا العهد ؛ فقد كان قليلاً نظراً لما كان عليه الناس من ورع وصلاح وتسامح ، يمنعهم من التشاحن والتباغض ؛ فيروى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما أسند إليه أبو بكر رضي الله عنه قضاء المدينة، بقي سنة لا يأتيه متخاصمان[3] .

---

(١) انظر : (ابن رشد/ بداية المجتهد/ ج٢ص٤٢٢) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٨٩، ٩٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٧، ٩٤) .

(٢) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٨) .

وقد نقل ابن فرحون أن القاضي أبا العباس عبد الله بن أحمد بن طالب ، قاضي إفريقية كان إليه النظر في القضاء، وفي الولاية ، وفي الجباية ، والحدود والقصاص ، والعزل والولاية .

(٣) انظر : (حامد أبو طالب/ التنظيم القضائي الإسلامي/ ص٣٢) . وقد ذكر أن سيدنا عمر بقي سنتين لا يأتيه متخاصمان . والذي تذكره المصادر أنه بقي سنة . انظر (سنن البيهقي الكبرى/ ج١٠ص٨٧/ ح١٩٩٤٣) (الطبري / تاريخ الطبري/ ج٢ص٣٥١) (أحمد بن حنبل/ العلل ومعرفة الرجال/ ج٣ ص٤٩١) .

وعند اتساع رقعة الدولة الإسلامية في عهد عمر رضي الله عنه واختلاط العرب بغيرهم من سكان البلاد التي دخلت في الإسلام حديثاً ، زادت أعباء الولاة ، فاحتاج الأمر إلى فصل القضاء عن الولاية ، فعيّن عمر رضي الله عنه للقضاء في بعض الولايات رجالاً يخصصون للقضاء [1].

ثم تتابع التخصيص في العصور التالية ، إلا أنه كان يقع بين مدّ وجزر بحسب كل إمام وكل والٍ .

وقد قرر الفقهاء في تخصيص القضاء قاعدة ذكرها الإمام الكرابيسي في كتابه الفروق فقال: « القضاء مما إذا خُصَّ اختُص به » [2].

وقرروا أنه يصح تخصيصه بزمان ومكان ونوع وشخص [3].

وأنه يصح تعليقه وإضافته وتقييده [4].

وأنه يصير قاضياً بحدود ما قُيِّد به [5].

والمعتمد في كل هذا العُرف . يقول ابن فرحون : « واعلم أن الذي ينبغي أن يعوّل عليه في ذلك العرف » [6]. ثم نقل كلام ابن القيم عندما قال :

« واعلم أن عموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتولي بالولاية يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف ، وليس لذلك حد في الشرع ، فقد يدخل في ولاية

---

(١) انظر : (حامد أبو طالب/ التنظيم القضائي الإسلامي/ ص٣٢) .

(٢) (الكرابيسي/ الفروق/ ج٢ص١٦٤) (ابن عابدين/ تنقيح الفتاوى الحامدية/ ج١ص٣٠١) (ج٢ص٥) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٠٠) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ص٣٧١) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٢٨٠، ٢٨١) .

(٣) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٢٨٧) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٣٥٤) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٠٠) (الكرابيسي/ الفروق/ ج٢ص١٦٣/ ١٦٤) .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٨٢) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٣) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ ص١٧٦) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣١٥) .

(٥) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٠٠) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٨٢) .

(٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٨) .

القضاء في بعض الأمكنة وفي بعض الأزمنة ما يدخل في ولاية الحرب ، وقد تكون في بعض الأمكنة والأزمنة قاصرة على الإحكام الشرعية فقط ، فيستفاد من ولاية القضاء في كل قطر ما جرت به العادة واقتضاه العرف »[1].

أما التخصيص بالمكان فيعني تقييد حدود ولاية القاضي بمكان معين.

وقد فعله النبي ﷺ؛ فقد روى البخاري في صحيحه عن أبي بردة قال : بعث النبي ﷺ أبا موسى[2] ومعاذ بن جبل إلى اليمن ، قال : وبعث كل واحد منهما على مخلاف[3] ، قال : واليمن مخلافان ، ثم قال : « يسّرا ولا تعسّرا ، وبشّرا ولا تُنفّرا » ، فانطلق كل واحد إلى عمله[4] .

وهذا يدل على أن التخصيص بمكان وجد منذ عهد رسول الله ﷺ ، وفيه الدليل على جوازه .

والعقل كذلك يجيزه ؛ فإن حاجة المسلمين لا تندفع إلا به .

وقد يصل إلى حد الوجوب ؛ إذ ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

وقد تحدّث الفقهاء عن التخصيص بالمكان ؛ فقال الإمام الماوردي :

« ويجوز أن يكون القاضي عام النظر خاص العمل ، فيقلد النظر في جميع الأحكام في أحد جانبي البلد أو في محلة منه ، فينفذ جميع أحكامه في الجانب الذي قلده والمحلة التي عينت له، وينظر فيه بين ساكنيه وبين الطارئين إليه ؛ لأن الطارئ

---

(١) (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص٢٠١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص١٨) (ج٢ص١٤٦، ١٦١).

(٢) أبو موسى الأشعري ، الصحابي المعروف .

(٣) المخلاف : خاص بأهل اليمن ، كالإقليم لغير أهل اليمن . (ابن حجر/ مقدمة فتح الباري/ ص١٨٦) .

(٤) (البخاري/ المغازي/ باب بعث أبي موسى ومعاذ إلى اليمن قبل حجة الوداع/ ح٤٣٤١، ٤٣٤٢) (مسلم/ الجهاد والسير/ باب في الأمر بالتيسير وترك التنفير/ ح١٧٣٣/ بدون لفظة المخلاف) (النسائي/ تحريم الدم/ باب الحكم في المرتد/ ح٤٠٦٦) (أبو داود/ الحدود/ باب الحكم فيمن ارتد/ ح٤٣٥٤) (الدارمي/ الأشربة/ باب ما قيل في المسكر/ ح ٢٠٩٨) (أحمد/ عن أبي موسى الأشعري/ ح١٩١٧٤) (عن عبد الله ابن قيس/ ح١٩٢٠٠، ١٩٢٤٣) (البزار/ مسند البزار/ ج٨ص١٣٩/ ح٣١٥٣) .

إليه كالساكن فيه ، إلا أن يقتصر على النظر بين ساكنيه دون الغريبين والطارئين إليه فلا يتعداهم » [1].

وقد نص ابن أبي الدم على أن تجاوز القاضي لمكان اختصاصه يمنع نفوذ حكمه [2].

وأجاز العلماء كذلك تقييده بالدار أو بالمسجد ، فلا يجوز له أن يحكم في غير الموضع الذي حُدِّدَ له ؛ لأنه جعل ولايته مقصورة على من ورد إلى داره أو مسجده وهم لا يتعينون إلا بالورود إليها ، فلذلك صار حكمه فيها شرطاً [3] .

أما التخصيص بزمان ؛ فيعني أن يحدد ولي الأمر للقاضي أياماً معلومة للنظر فيها ، فإن تجاوزها منع من النظر فيها ، مع بقاء ولايته ، إلا أن يجعل ولايته مؤقتة بذلك . يقول الإمام الماوردي : « فلو لم يعين الخصوم وجعل النظر مقصوراً على الأيام وقال : قلدتك النظر بين الخصوم في يوم السبت وحده ، جاز نظره فيه بين الخصوم في جميع الدعاوى ، وتزول ولايته بغروب الشمس منه ، ولو قال : قلدتك النظر في كل يوم سبت ، جاز أيضاً ، وكان مقصور النظر فيه ، فإذا خرج يوم السبت لم تزل ولايته لبقائها على أمثاله من الأيام ، وإن كان ممنوعاً من النظر فيما عداه » [4].

أما التخصيص بالأشخاص ؛ فهو أن يوكل إليه النظر في قضايا أشخاص محددين ؛ كالصغار أو النساء ، أو العسكر والجند ، أو بالعجم دون العرب ، أو العكس ، أو أن يمنع ولي الأمر سماع دعوى فلان ، أو أن لا تسمع دعوى فلان

---

(١) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٩٢) .

(٢) (ابن ابي الدم/ ادب القضاء/ ص١٠٠) .

(٣) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٩٣) .

(٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٢٨٧) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٣) (الماوردي/ الأحكام السلطانية / ص٩٤) .

لفترة معينة من الزمن[1] .

ويشترط في ذلك أن يكون لملاحظةٍ عادلةٍ تتعلق بالمصلحة العامة[2].

يقول ابن أبي الدم : « ولو فوض إلى واحد منهما الحكم بين الرجال دون النساء وبالعكس ، تقيد بما خص به ، ولا ينفذ حكمه إذا تعدّاه إلى غيره »[3].

ويقول صاحب صبح الأعشى عن قاضي العسكر : « وكذلك إن كان قاضي عسكر وصي بنحو ما يوصى به القاضي ، وأن يتخذ معه كاتباً يكتب للناس ، وأن يقبل من الجند من كان ظاهره العدالة ... وأن يكون مستعداً للأحكام التي يكثر فصلها في العسكر ؛ كالغنائم والشركة والقسمة والمبيعات والرد بالعيب ، وأن يسرع في فصل القضاء بين الخصوم ؛ لئلا يكون في ذلك تشاغل عن مواقع الحرب ومقدماته »[4].

ومن حالات التخصيص بالأشخاص « أن يحدد -الإمام- ولاية القاضي بأهل ولايته حيث كانوا ، ويمنعه من الحكم بين غير أهل ولايته حيثما كان ، فيكون الأمر على ما أذن الإمام فيه لأنه صاحب الولاية ، أو على ما منع منه الإمام لأنه ذو الولاية ، فتراعى كيف صدرت »[5] .

أما التخصيص بالنوع[6] ؛ فهو تحديد ولايته بجرائم معينة أو بقضايا

---

(١) انظر : (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص١٠٠) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩٣) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص ٤٤٦) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٠٠، ٦٠٢) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٢٤٣) .

(٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٠٠) .

(٣) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص١٠٠) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٢٤٣) .

(٤) (القلقشندي/ صبح الأعشى/ ج١١ص٩٦) .

(٥) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣٦٤) .

(٦) من التخصيص بالنوع ؛ تحديد قيمة المبلغ المتنازع عليه ، فإن زاد عليه خرج عن اختصاصه ، وفي ذلك يقول سيدنا عمر رضي الله عنه لأحد قضاته : ردّ عني الناس في الدرهم والدرهمين . (الهيثمي/ مجمع الزوائد/ ج٤ص١٩٦) (الطبراني/ المعجم الأوسط / ج٧ص٢٩/ ح٦٧٥٦) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج٧ص١٥٠/ ح٦٦٦٢) . =

محددة؛ كأن يقيده بالنظر في الأموال أو الأحوال الشخصية أو الجزائيات دون بقية القضايا ، أو بنوع خاص من الجزائيات كالحدود أو القصاص دون بقية الجزائيات ، أو بنوع خاص من القضايا كالتجسس -مثلاً- دون غيرها .

يقول الشيخ عليش : « ويجوز أن ينفرد القاضي بخطة المناكح فيولاها على حدة ، وكان هذا يحدث في بلاد تونس قديماً وحديثاً من تخصيص أحدهما بالمناكح ومتعلقاته ، والآخر بما سوى ذلك » [1] .

بل وله أن يخصصه بقضية واحدة فلا ينظر في سواها ؛ يقول الإمام الماوردي : « أن تكون ولاية القاضي مقصورة على حكومة معينة بين خصمين ، فلا يجوز أن ينفذ النظر بينهما إلى غيرهما من الخصوم ، وتكون ولايته على النظر بينهما باقية ما كان التشاجر بينهما باقياً ، فإذا بت الحكم بينهما زالت ولايته ، وإن تجددت بينهما مشاجرة أخرى لم ينظر بينهما إلا بإذن مستجد » [2] .

ويمكن أن يلحق بهذه الأنواع من التخصيص نوع آخر بأن يكون التخصيص متعدداً ؛ فيكون مقيداً بمكان ثم في زمان ثم في نوع ثم في أشخاص ؛ كأن يكون قاضياً لأهل عمان شرقيها لمدة عام واحد ، ويكون نظره في أربعة أيام من الأسبوع في قضايا جزائية متعلقة بالنساء دون الرجال . ويكون هذا التعدد بمثابة قيود على ولاية هذا القاضي .

وبالجملة فإن التخصيص فيه من الفوائد ما لا يخفى ؛ فيزداد القاضي خبرة

= يقول الماوردي : « فأما النظر الخاص ، فهو أن يقلد النظر في نصاب مقدر في المال لا يتجاوزه ، فهذا جائز ، ويكون مقصور النظر على ما قلد . قال أبو عبد الله الزبيري : لم يزل الأمراء عندنا بالبصرة برهة من الدهر يستقضون على المسجد الجامع قاضياً يسمونه قاضي المسجد ، يحكم في مائتي درهم وعشرين ديناراً فما دونها ، ويفرض النفقات ، ولا يتعدى بها موضعه ولا ما قدر له » . (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٩٣) . ومثله في (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٣٥) .

(١) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٢٨١) .

(٢) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٩٣) .

فيما وُكّل إليه أمره ، ويجعله متدرباً على كشف حقائق الأمور وخفاياها ، ومطلعاً على جزئيات وخفايا هذا الاختصاص ، فيكون أقدر على تحديد الحكم العادل أكثر ممن لم يتخصص أو يتمرس ، ويكون أصلح في مواجهة ما يستجد من أحوال وظروف تتعلق بهذه الجريمة .

وجميع الأنواع السابقة من الاختصاصات لا خلاف بين الفقهاء على جوازها ، ما دامت لا تفضي إلى التنازع ، فالقاعدة في تجويز مثل هذه الاختصاصات هو عدم التنازع ، فكل وجه لا يرى فيه الفقهاء تنازعاً أجازوه ، وكل وجه يراه الفقهاء مفضياً للتنازع منعوه . ولذلك وجدناهم ينصّون على ضرورة الاستقلال، ويعللون الجواز في هذه التخصيصات بعدم المنازعة[1].

وصور التنازع التي طرحها الفقهاء على بساط البحث هي :

١- تنازع الاختصاص عند الادّعاء .

٢- تنازع الاختصاص عند التعدد .

وهي موضوعات وعناوين المطالب القادمة .

المطلب الثاني

تنازع الاختصاص عند الادعاء

وهذه الصورة تفترض وجود قاضيين في مكانين أو في مكان واحد ، وأراد المدّعي الرفع إلى قاضٍ منهما ، وأراد المدعى عليه الرفع إلى الآخر ، فإلى أيهما يكون الرفع ؟ ومن الذي يفصل الحكم في المسألة ؟

لقد بحث العلماء هذه المسألة من منظور وجود خلاف على أمور مالية مادية ، إلا أن ذلك التنازع يتصور كذلك في المسائل الجزائية ، وخصوصاً في الجرائم التي تقع

---

(١) انظر : (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٢٤٣) ، ومثله (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٢٦٩) (الهيتمي/ تحفة المحتاج / ج١٠ص١١٩) .

على الآدمي ، أو يكون له فيها حق غالب .

والذي يفهم من أقوال العلماء فيما له علاقة بالجزائيات وجود اتجاهين في هذه المسألة[1]:

الاتجاه الأول : أن التخاصم يكون حيث أراد المدعى عليه ، فيكون القاضي الذي أراده المدعى عليه هو الذي يفصل في الخصومة .

وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية ، ورجحه ابن القاسم وأصبغ ومطرف وابن حبيب[2] من المالكية[3] .

واختلف الحنفية فيما إذا كان رأي محمد بن الحسن هو المذهب عندهم أم لا ، ففي حين ذكر ابن عابدين قول محمد ونقله عن ابن نجيم وتبناه[4] ، إلا أن ابن نجيم كان يرجح قول أبي يوسف[5] ، وعلّل المرجحون لقول محمد النصوص الواردة في المذهب الحنفي والتي تشير إلى أن المدعى عليه يجبر على الخصومة ، بأن المقصود أنه يجبر على أصل الخصومة ، وليس أن المدعي هو صاحب الحق في تحديد القاضي الذي يُدَّعى عنده .

---

(١) هناك اتجاه ثالث ، إلا أنه متعلق بالمنازعات المالية لا الجزائية ، حيث إنه يفترض وجود عين متنازع عليها . وهذا الاتجاه يتبناه ابن الماجشون وابن كنانة وسحنون ، ويرون أن التخاصم حيث الشيء المدعى فيه .

انظر : (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٢٠٩، ٢١٠) .

(٢) ابن حبيب : أبو مروان عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن مرداس السلمي ، شيخ المالكية بإفريقية ، كان فقيهاً مفتياً نحوياً لغوياً نسابة إخبارياً عروضياً شاعراً مؤلفاً ، وله عدة كتب منها : الواضحة في السنن ، وفضائل الصحابة ، وغريب الحديث ، وطبقات الفقهاء ، وغيرها كثير . (ابن فرحون/ الديباج المذهب/ ص١٥٥) .

(٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٥٤٢) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٤٤٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩٣) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٢٠٩) .

(٤) انظر : (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٥٤٢) .

(٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩٣) . وانظر (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٥٤٢) (ابن عابدين/ تنقيح الفتاوى الحامدية/ ج١ص٣٠١/ ج٢ص٢٩) .

أما ابن نجيم فذكر أن قول محمد هو الراجح في صورة واحدة ، وهي إذا كان قاضيان كل واحد منهما في محلّة وأمر كل منهما أن يحكم على أهل محلته فقط[1] .

وسببه أنه إذا ثبت الحق للمدعي فسيحكم على المدعى عليه ، والحكم من قاضي المدعي على المدّعى عليه في هذه الصورة غير صحيح ؛ لأنه واقع في غير محله، بينما حكم قاضي المدعى عليه على المدعى عليه صحيح كونه واقعاً في محلّه .

وبالتالي يكون قول الحنفية في غير هذه الصورة هو قول أبي يوسف ؛ يقول ابن نجيم :

« أما إذا كان كل منهما مأذوناً بالحكم على أي من حضر عنده ، فينبغي تصحيح قول أبي يوسف ؛ لأن المدعي هو الذي له الخصومة ، فيطلبها عند أي قاضٍ أراد »[2] .

ومن أصحاب هذا الاتجاه أيضاً المالكية ؛ يقول ابن عاصم :

والحكم في المشهور حيث المدعى ∴ عليه في الأصول والمال معا[3]

أما أدلة أصحاب هذا الاتجاه ، فهي كما يلي :

أن المدّعى عليه دافع للخصومة فيعتبر قاضيه[4] ؛ فالدافع يطلب سلامة نفسه والأصل براءة ذمته ، فأخذه إلى من يأباه لريبة ثبتت عنده وتهمة وقعت له ربما يوقعه في إثبات ما لم يكن ثابتاً في ذمته ، واعتباره أولى ؛ لأنه يريد الدفع عن نفسه وخصمه يريد أن يوجب عليه الأخذ بالمطالبة ، ومن طلب السلامة أولى بالنظر ممن طلب ضدها[5] .

---

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩٤) (ابن عابدين/ تنقيح الفتاوى الحامدية/ ج١ص٣٠١) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٥٤٢) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩٤) . وانظر كذلك (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٥٤٢).

(٣) (ميارة الفاسي/ شرح ميارة/ ج١ص٢٢) .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٥٤٢) .

(٥) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٠٨) .

الاتجاه الثاني : يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التخاصم إنما يكون عند من أراده صاحب الحق وهو المدعي أو الطالب .

وقد قال به الإمام أبو يوسف من الحنفية[1] ، وهو الراجح عندهم كما ذكر ابن نجيم[2].

وقول عند المالكية[3] ، وقال به الشافعية[4] والحنابلة كذلك[5] .

واستدلوا على قولهم : بأن المدعي منشئ للخصومة فيعتبر قاضيه[6] .

وأن المدعي من إذا تَرَكَ تُرِكَ فهو منشئ فيتخير إن شاء إنشاء الخصومة عند قاضي محلته، وإن شاء أنشأها عند محلة خصمه[7] .

واعتبروا أن الدعوى حق للمدعي ، فيطلبها هو لا خصمه[8] .

الرأي المختار :

كما ذكرت سابقاً فإن مكان الرفع ليس ذا أثر كبير في الجزائيات ؛ ذلك أن بعضاً من الدعاوى الجزائية يرفعها شاهد حسبةٍ دون علم المدعى عليه بأنه سيشهد عليه في ذلك.

---

(١) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٤٤٦) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٥٤٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٠٨) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩٤) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٠٨) .

(٣) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ص١٤٥) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص١٣٥) (الحطاب/ منح الجليل/ ج٨ص٢٨٢).

(٤) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٢٤٣) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٢٨٧) .

(٥) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١١ص١٦٨) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٤٦٥) (ابن رجب/ القواعد/ ص ٣٦٣) .

(٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٥٤٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٠٩) .

(٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩٣) .

(٨) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٤٦٤) (البهوتي/ شرح منتهى الإرادات/ ج٣ص٤٩١) .

وهذا يعني أن السبب الذي جعل الفريق الأول يقول إنه حيث المدعى عليه غير متحقق في شهادة الحسبة ، ذلك أن الشاهد لا يدافع عن حقه الخاص ولا عن مصلحته الخاصة ، وإنما هو قام بذلك نيابة عن الأمة ، وبذا يستوي عنده الأمران سواء أكان الرفع في مكان المدعي أم كان في مكان المدعى عليه .

إلا أن في تكليف من هذا شأنه مشقة الانتقال إلى حيث يريد المدعى عليه مع أنه متبرع يبتغي الأجر من الله تعالى ظلم، وقد سبق أن قلنا إنه لا يستوي مع خصمه من حيث حظ النفس في رفع الخصومة ، فلا يستويان في اختيار من يترافع عنده ، فيكون للأفضل منهما وهو المدعي في هذه الصورة .

ولذا أجد أن الأدلة تتجه في هذه الصورة إلى تقديم إرادة المدعي دون المدّعى عليه ، فيرفع المدعي حيث شاء وتبقى متابعة هذه الدعوى مهمة من مهام القاضي ، فإما أن يدعو المدعى عليه للحضور ، وإما أن يرسل القاضي لقاضي البلد الذي فيه المدعى عليه كتاباً يدون فيه شهادة الشاهد ويرسل معه الحجج والبراهين ، ويصبح الشأن بعدها شأن القاضي المرسل إليه ، ويكون المدعي قد برئت ذمته والقاضي الأول كذلك .

ومن الممكن أيضاً القول إن بعض القضايا يجب تجاهل إرادة المتخاصمين في تحديد القاضي المختص ، واعتبار القاضي الذي وقعت الجريمة ضمن حدود اختصاصه ، هو القاضي المختص بالنظر في هذه القضية .

وذلك تسهيلاً على القاضي في الفحص والكشف ، وتيسيراً لعملية التقاضي في إحضار البينات المادية والشهود .

وعند المالكية ما يشبه هذا القول وهو مذكور في المنازعات المالية ، ويقضي أن التخاصم يكون حيث الشيء المدعى فيه ، سواء أكان عقاراً أم منقولاً . ومن المالكية

مـن قيـده بالعقـار ، ويقـول بـالقول الأول كـل مـن ابـن الماجـشون وابـن كنانـة[1] وسحنون[2] [3] .

إلا أن صورة الخلاف مع هذا قـد لا تنتهـي ، وذلـك عنـدما يكـون في مكـان وقوع الجريمة أكثر من قاضٍ واحد ، فمن هو الذي يتم التقاضي عنده ؟

فإن كان من حقوق الله فالجواب هو ما سبق . أما إن كان الحـق المتنـازع حقـاً بين آدميين ، وأراد كل من طرفي الخصومة أن يتقاضى عند قاضٍ مختلف ، فإن الـرأي أن لا يترك اختيار القاضي لأحد الخصمين ؛ لأن كلاً من الخصمين متهم في اختيـاره لقاضٍ من القضاة ، وهذا الاتهام يمنع الطرف الآخر مـن تقبـل الحكـم الـصادر منـه مهما كان ، والقضاء مع التهمة ممنوع ، فكان اللجوء إلى اختيار ثالث يقضي بينهما ، ويترك أمر اختياره إلى ولي الأمر ، أو أن يقرع بين القضاة ممن لم يختاره أحدهما .

والأنسب هو أن يحدد ولي الأمر وظيفة خاصة بتوزيع المتخاصمين علـى القـضاة لتنتفي التهمة . وهذا ما يجري عليه القـضاء في زماننـا ، فـلا يـترك الاختيـار في تحديـد القاضي للمتنازعين، وإنمـا يـتم تـوزيعهم بـصورة سـرية في أغلـب الأحيـان دون علـم الأطراف بذلك ، وبذا نتدارك ما نبه عليه أصـحاب الاتجـاه الأول مـن خـوف إخفـاق المدعى عليه في طرح حجته ، إذا اختار المدعي من يقضي بينهما .

---

(١) ابن كنانة: عثمان بن عيسى بن كنانة، أحد أصحاب الإمام مالك، وهـو الـذي جلـس في حلقـة مالـك بعـد وفاته، توفي بعد مالك بسنتين، وكان مالك يحضره لمناظرة أبـي يوسـف عنـد الرشـيد. (الـشيرازي/ طبقـات الفقهاء/ ص١٥٢) .

(٢) سحنون : عبد السلام بن سعيد التنـوخي ، أبـو عبـد الله ، مـن فقهـاء المالكيـة ، ولـد سـنة ١٦٠هــ ، موصوف بالعقل والديانة التامة والورع ، وقيل إنه اجتمعت فيه عدة صفات : الفقـه البـارع ، والـورع الصادق ، والصرامة في الحق ، والزهادة في الدنيا ، توفي ٢٤٠هـ عن ثمانين عاماً . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء / ج١٢ص٦٣) .

(٣) انظر : (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٢٠٩، ٢١٠) .

المطلب الثالث

تنازع الاختصاص عند التعدد

الصورة الثانية من صور التنازع عندما تتقاطع دوائر اختصاص القضاة ، فيسري في نفس المكان ولاية قاضيين أو أكثر ، وهذا يسمى بتعدد القضاة .

وللتعدد صورتان هما :

١- أن يتعدد القضاة في البلد الواحد دون التعدد في القضية الواحدة .

٢- أن يتعدد القضاة في ذات القضية على وجه الاشتراك .

فما قول العلماء في هاتين الصورتين ؟

أما الأولى : بأن يكون لكل منهما الاستقلال في أحكامه ، فهذا مما أجازه جمهور العلماء[١]، وقالوا : « وجاز تعدد قاضٍ مستقل عام منفرد بالحكم في جميع مملكة الإمام الذي ولاه وجميع أنواع المعاملات ، أو تعدد مستقل خاص بناحية ، أي جهة من مملكة من ولاه ، أو تعدد مستقل خاص بنوع من أنواع الفقه كالنكاح أو البيع »[٢].

ونقل الإمام الباجي[٣] إجماع الأمة على هذا القول ، إلا أن الشيخ عليش من المالكية وابن أبي الدم من الشافعية نقلا خلافاً بين العلماء في ذلك .

يقول الشيخ عليش : « ومنعه بعض الناس بمقتضى السياسة خوف تنازع

---

(١) (الرملي/نهاية المحتاج/ج٨ص٢٤٤) (عليش/ منح الجليل/ج٨ص٢٨٠، ٢٨١) (الباجي/المنتقى شرح الموطا/ج٥ ص١٨٣) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٩٣) (ابن مفلح/ الفروع/ج٦ص٤٢٠) (السيوطي/ الأشباه والنظائر / ص٥٢٧) .

(٢) (عليش/منح الجليل/ج٨ص٢٨١) .

(٣) الباجي/ سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي ، أبو الوليد ، وأصله من بطليوس ، وينسب إلى باجة ، ولد ٤٠٣هـ ، وتوفي ٤٧٤هـ في مصر ، وله : السراج في علم الحجاج ، واختلاف الموطآت ، والمنتقى .
(ابن فرحون/ الديباج المذهب/ ص٤٠) .

الخصوم فيمن يحكم بينهم ، ومقتضى أصول الشرع جوازه ؛ لأن لذي الحق استنابة من شاء على حقه ولو تعدد »[1].

وذكر ابن أبي الدم أن الجواز هو الأصح ، وأن العمل عليه في الأمصار [2].

أما الصورة الثانية ، فتفترض وجود قاضيين في قضية واحدة ولا يكون لأحدهما الانفراد بالنظر في القضية ، ولا قبول بينة ، ولا انفراد بإنفاذ حكم .

وقد حصل خلاف بين العلماء في هذه الصورة .

الاتجاه الأول : يرى أصحابه منع هذه الصورة . وهو قول ابن رشد الجد والباجي من المالكية[3] ، وقولٌ لبعض الشافعية[4] .

واستدلوا على هذا القول بما يلي :

١- أن المنع إنما لخوف التناقض ؛ إذ لا يتصور إضافة الحكم إليهما إلا مع اتفاقهما ، وقد لا يكون[5] .

وما دام أنه مظنة للاختلاف والتناقض ، فإن التعليل بالمظنة لا يبطل بانتفاء مظنونها في بعض الصور على ما ذكره الأصوليون[6] .

٢- أن الحاكم لا يجوز أن يكون نصف حاكم ، فلا يجتمع اثنان فيكونان جميعاً حاكماً في قضية واحدة[7] .

---

(١) (عليش/ منح الجليل/ ج٢ص٢٨١) .

(٢) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص١٠٠) .

(٣) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٦٣) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٢٨١) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص٩٠) (الباجي/ المنتقى / ج٥ص١٨٢) (الرصاع/ شرح حدود ابن عرفة/ ص٤٤٠، ٤٤١) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ص١٤٤) .

(٤) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٢٤٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٢٨٧) .

(٥) (الرصاع/ شرح حدود ابن عرفة/ ص٤٤٠) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٢٨٢) .

(٦) المرجعين السابقين .

(٧) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٢٨١) (الباجي/ المنتقى/ ج٥ص١٨٢) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ ص١٤٤) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص١٣٤) .

٣- أنه لم ينقل عن رسول الله ﷺ أنه أشرك بين قاضيين في زمن من الأزمان ولا بلد من البلدان[1] .

٤- أن المذاهب مختلفة والأغراض متباينة ، ولا يصح أن يتفق رجلان في كل شيء حتى لا يرى أحدهما خلاف ما يراه الآخر ، وإذا أشرك بين الحاكمين دعا ذلك إلى اختلافهما في المسائل ، ويوقف نفوذها كالإمامة[2] .

٥- أن اختلاف اجتهادهما يوجب توقف الأحكام وتضييعها ، والغالب اختلاف المجتهدين ، وإن كانا مقلدين فولاية المقلد ممنوعة[3] .

الاتجاه الثاني : يرى أصحاب هذا الرأي أنه يصح هذا التعدد وأنه جائز .

وهو قول الحنفية[4] ، وقول عند المالكية[5] قاله القاضي عياض[6] والمازري[7] ، وهو الراجح عند الشافعية[8] ، واستثنى الشافعية حالة أن يشترط الإمام إجماعهما

---

(١) (الباجي/ المنتقى/ ج٥ص١٨٣) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٢٨١) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٢ص١٨٥) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص ٢٤٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٢٨٧) .

(٤) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣١٧) .

(٥) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٢٨٢) (الرصاع/ شرح حدود ابن عرفة/ ص٤٤٠) (الباجي/ المنتقى/ ج٥ص١٨٣) .

(٦) القاضي عياض : أبو الفضل عياض بن موسى بن عمرو بن موسى اليحصبي الأندلسي السبتي المالكي، إمام وقته، ومتفق على جلالته وعلمه ، من مؤلفاته : الشفا بالتعريف بحقوق المصطفى . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٢٠ ص٢١٥) .

(٧) المازري : محمد بن علي بن عمر التميمي المازري ، يكنى أبو عبد الله ، ويعرف بالإمام ، أصله من مازر مدينة في جزيرة صقلية ، شرح كتاب مسلم ، وكتاب التلقين ، وشرح البرهان للجويني وسماه إيضاح المحصول من برهان الأصول ، توفي ٥٣٦هـ ، عن ثمانين عاماً ونيفاً . (ابن فرحون/ الديباج المذهب/ ص٢٧٩) .

(٨) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٢ص١٨٥) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٢٤٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٢٨٧) .

على حكم ، فإن شرط ذلك كان باطلاً قطعاً[1] .

واستدل أصحاب هذا الاتجاه بما يلي :

١- أن الله تعالى يقول في محكم كتابه : ﴿ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾[2].

فدلّ على جواز أن يتولى فصل القضاء رجلان[3] ، وأن الآية أثبتت الحكم لهما لا لأحدهما[4] ، فكان نصاً في موطن النزاع .

وقد ناقش أصحاب القول الأول ذلك فقالوا : لا يلزم على القول بالمنع الحكمان بين الزوجين والحكمان في جزاء الصيد ؛ لأنهما يحكمان في قضية واحدة وليس بولاية ، وإن اتفقا نفذ حكمهما ، وإن اختلفا لم ينفذ حكمهما ، وحكم غيرهما ، فلم يكن في ذلك مضرة ، وهذا ينافي الولاية ؛ لأن من ولي القضاء لا يمكن الاستبدال به عند المخالفة ، فيؤدي ذلك إلى توقف الأحكام وامتناع نفوذها[5].

٢- أن مانع التعدد إنما هو خوف تناقضهما ، ولذا يجب عند انتفاء هذا المانع أن يكون قضاؤهما جائزاً ، فإن وجد الاتفاق يجب الإمضاء به ، وإن فقد فقد الحكم[6] .

٣- بالقياس ، فإن العلماء أجازوا تولية الواحد مع بقاء حكم الإمام معه[7] ، فكذا يجوز تولية اثنين ابتداءً .

ورد عليه الفريق الآخر بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن رفع التنازع عند اختلاف

(١) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٢٤٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٢٨٧) .

(٢) (سورة المائدة ، آية رقم ٩٥) .

(٣) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٢ص١٨٥) .

(٤) (الزيعلي/ تبيين الحقائق/ ج٢ص٦٤) .

(٥) (الباجي/ المنتقى/ ج٥ص١٨٣) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٢٨١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٢٠) .

(٦) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٢٨٢) (الرصاع/ شرح حدود ابن عرفة/ ص٤٤١) .

(٧) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٢٨١) .

الإمام مع القاضي يسير ، وهو بعزل الإمامِ قاضيه ، أما في القاضيين فيتعذر عزل أحد القاضيين الآخر[1].

٤- أن الضرورة قد تدعو إليه ، وقد يحقق ذلك مصلحة ، كأن تنزل نازلة ويرى الإمام أنها لا ترتفع التهمة والريبة إلا بقضاء رجلين فيها ، فإن اختلف نظرهما فيها استظهر بغيرهما[2].

٥- أن الصحابة ومن بعدهم تعارفوا ذلك من غير نكير ، ومن ذلك أن علياً ومعاوية رضي الله عنهما فعلا ذلك ، فقد حكّما أبا موسى وعمرو بن العاص رضي الله عنهم أجمعين، ولولا جوازه ما فعلوه[3] .

ونقل أنه ولي في بعض بلاد الأندلس ثلاثة قضاة على هذه الصفة ولم ينكرها من كان بذلك البلد من فقهائه[4] .

الرأي المختار :

بعد الاطلاع على أدلة أصحاب القولين ، وجدت أن الراجح هو القول بجواز تعدد القضاة في القضية الواحدة والمحكمة الواحدة ، مع ضرورة وضع ضوابط لذلك.

وقبل الحديث عن أسباب الترجيح في المسألة فإن ثمة ملاحظات على الأدلة التي طرحها الفريقان للاستدلال على أقوالهم .

١- أما أنه لم ينقل عن رسول الله ﷺ أنه أشرك قاضيين في قضية واحدة في زمن من الأزمان ولا بلد من البلدان ، فهذا دليل نفي لا دليل إثبات ، ولا يصح الاستدلال به على منع التعدد للقضاة .

ولا بد من معرفة أن هذه المعاملات المتعلقة بالقضاة تعييناً وعزلاً وتعدداً من

---

(١) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٢٨١) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٢٦٩) .

(٢) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٢٨١، ٢٨٢) .

(٣) (الرصاع/ شرح حدود ابن عرفة/ ص٤٤١) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٢٨٢) .

(٤) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٢٨٢) .

الأمور المباحة في أصلها حتى يرد المانع ، ولا ينطبق عليها ما ينطبق على العبادات والعقائد في منع الأصل حتى يرد المبيح . وهذا في الراجح عند العلماء ، وينطبق على التعدد ما ينطبق على جملة أصول في التقاضي أجازها الفريق المانع للتعدد هنا بلا أثر ولا مستند هناك ، وإنما بناء على أن الأصل في المعاملات الإباحة ، فيقاس عليها التعدد في القضية الواحدة .

٢- وأما قولهم أن المانع من التعدد هو خوف التناقض وخوف الاختلاف ، فإن زوال الذي يخافونه مؤذن بجواز التعدد ؛ لأنه إذا زال المانع عاد الممنوع ، وزواله متصور بأن يجعل الوالي القضاء إلى ثلاثة من القضاة بدلاً من اثنين ، فإما أن يجمعوا، وإما أن يختلفوا ، فيكون الحاصل أن يترجح رأيان على رأي ، فيزول المانع .

وهذا ما أشار إليه الشيخ عليش في القضاة الثلاثة الذين تولوا القضاء في الأندلس .

أما إن لم يزل المانع فالقول قولهم ؛ لأن الأحكام لا تستقر بغير هذا الشرط .

وقد طرح الفقهاء صوراً متعددة لا يكون فيها خلاف ولا تنازع ، ومنها :

أ - أن يقطع الإمام اختلافهما فيجوز التعدد[1] ، سواء بنفسه أو بغيره . فإذا فوض إليهما معاً الحكم في قضية واحدة ، فلا شك في الجواز ، فإن اتفقا على حكم فذاك وإلا فيرفعانها إلى من ولاهما .

ومنه كذلك أن يجعل القطع في خلافهما لثالث[2] .

وكذلك إذا اقتضى ذلك مصلحة ودعت إليه ضرورة في نازلة رأى الإمام أنه لا ترتفع التهمة والريبة إلا بقضاء رجلين فيها ، فإن اختلف نظرهما فيها استظهر بغيرهما[3] .

ب - إذا شرط الإمام عليهما أنه متى حكم أحدهما فعلى الآخر تنفيذه ، جاز

(١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٢٨٧) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٢٨٧) .

(٣) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٢٨١، ٢٨٢) .

التعدد[1] .

ج - إذا كان التعدد في المسائل المتفق عليها فيقطع بالجواز[2] .

د - إذا كان القاضيان مقلدين لإمام واحد ، فكذلك يجوز ، لانتفاء الخلاف ، لأنهما يقلدان قول إمامهما[3] .

وقد أكّد بعض المحققين من العلماء السابقين أن القائلين بالمنع إنما منعوا صورة تولية قاضيين بولاية عامة لكل منهما ثم يشترط المولي عليهما أن يقضيا سوية في كل قضية .

أما إن كان في مسألة واحدة دون عموم الولاية ، فذكروا أن المانعين للتعدد يجيزون هذه الصورة .

يقول الشيخ عليش : « ومنع الباجي وابن شعبان[4] إنما هو في تولية قاضيين ولاية مطلقة لا في مسألة جزئية »[5] .

ويقول الإمام زكريا الأنصاري عن الوجه الممنوع في التعدد : « أن يكون فيما إذا عمم ولايتهما ، وأما إذا فوض إليهما معاً الحكم في قضية واحدة فلا شك في الجواز »[6] .

وهذا يدل على أن العلة في المنع هو حصول الضرر والتنازع وامتناع الفصل ، فإن زال ذلك كله جاز .

٣- أن أدلة النقل تشهد للفريق الثاني القائل بالجواز ، ومنها قوله تعالى :

---

(١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٢٨٧) .

(٢) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ ص٢٤٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٢٨٧) .

(٣) المرجعين السابقين .

(٤) ابن شعبان : أبو إسحاق محمد بن القاسم بن شعبان بن محمد بن ربيعة العماري المصري، من ولد عمار ابن ياسر، ويعرف بابن القرطي ، من مصنفاته : كتاب الزاهي في الفقه ، وكتاب أحكام القرآن ، ومناقب مالك الكبير ، توفي في جمادى الأولى ٣٥٥هـ . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج١٦ ص٧٩) .

(٥) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ ص٢٨٢) .

(٦) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٢٨٧) .

﴿ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾[1]؛ فقد نسب الباري سبحانه وتعالى الحكم لاثنين ، والحكم في الصيد أو بين الزوجين قضية اجتهادية ولا شك ، ولا بد فيها من الخروج بحكم واحد لا حكمين . فإن حصل خلاف بينهما كيف يكون التوفيق ؟ فجواب هذا السؤال يحدد كيفية العمل إذا اختلف الحكمان والقاضيان .

وقد اتفق الفقهاء على أن القضاء يدخل فيه حكم الحكمين في جزاء الصيد وفي شقاق الزوجية[2] .

ومما يدل على أن هذه الآية فيها معنى الحكم القضائي ، ما روي أن عمر رضي الله عنه وضع رداءه على عود في دار الندوة ، فأطار حماماً فقتله وهو محرم ، فقال لعثمان ونافع بن عبد الحارث : احكما عليّ ، فحكما بعَناق[3] ثَنِيَّة[4] عفراء[5]، فأمر بها عمر رضي الله عنه[6] .

ومنها كذلك ما روي أن محرماً قتل ظبياً ، فسأل عمر رجلاً إلى جنبه ، ثم أمره بذبح شاة وأن يتصرف بلحمها . قال قبيصة[7] : فلما قمنا من عنده قيل له : أيها

---

(١) (سورة المائدة ، آية رقم ٩٥) .

(٢) انظر : القرافي/ الفروق/ ج٤ص٩٢) (الرصاع/ شرح حدود ابن عرفة/ ص٤٣٩) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص٨٦) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٢٥٥) .

(٣) العناق : الأنثى من الماعز . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٠ص٢٧٥) .

(٤) الثنية من المعز التي استكملت السنة الثانية ودخلت في الثالثة. (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٤ص١٢٣).

(٥) العفراء : من العفرة وهو التراب ، أما الماعز فإذا قيل عفراء ، أي خالصة البياض . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٤ص٥٨٥) .

(٦) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٣ص١٧٨، ح١٣٢٢٠) (مصنف عبد الرزاق/ ج٤ص٤١٥/ ح٨٤٦٨) (ابن حجر/ فتح الباري/ ج٤ص٤٦) (ابن حجر/ تلخيص الحبير/ ج٢ص٢٨٥) (الشافعي/ الأم/ ج٢ ص١٩٥) (الجصاص/ أحكام القرآن/ ج٢ص٦٦٥) .

(٧) قبيصة : هو قبيصة بن جابر الأسدي ، أسد خزيمة ، وكان يعدّ من الفصحاء ، مات في إمارة مصعب ابن الزبير ، وله إدراك وصحب عمر بن الخطاب ، وهو في الطبقة الأولى من فقهاء الكوفة . (ابن حجر/ الإصابة/ ج٥ص ٥٢٢) (العجلي/ معرفة الثقات/ ج٢ص٢١٤) (ابن بشكوال/ غوامض الأسماء المبهمة/ ج٢ص٥٧٠) .

المستفتي ابن الخطاب : إن فتيا ابن الخطاب لم تغن عنك من الله شيئاً ، فانحر ناقتك وعظم شعائر الله ، فوالله ما علم ابن الخطاب ما يقول حتى سأل الرجل الذي إلى جانبه ، فقمت إلى عمر وإذا عمر قد أقبل ومعه الدرة على صاحبي صفعاً وهو يقول: قاتلك الله ، أتقتل الحرام وتعدي الفتيا ، وتقول ما علم عمر حتى سأل من إلى جنبه، أما تقرأ : ﴿ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾[1].

ومن أدلة النقل قوله تعالى : ﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَٰهِدِينَ ﴾[2].

فإن الآية نسبت الحكم إليهما وفي قضية واحدة عندما نفشت الغنم في الحرث، وهذا دليل على جوازه .

والذي يظهر أن القضايا الجزائية من المسائل الخطيرة ، ذات الأثر البالغ على النفس وعلى المجتمع ، وأن إقرار تعدد القضاة بما لا يعطل أحكامهم أو يمنع نفوذها هو أمر سائغ شرعاً ، فالحكم الذي يستند إلى نظرين -مما يصح الاجتهاد فيه- أصوب من الذي يستند إلى نظر واحد .

فمن مزايا تعدد القضاة : أنه يحقق ضمانة أساسية للعدالة ، وخاصة في الوقت الحاضر الذي تعقدت فيه المنازعات وتنوعت وتزايدت حيل الخصوم في طمس الحقيقة وإخفائها ، واهتزت فيه الضمائر مما بات معه الأمر ملحاً في إتاحة الفرصة لبحث الخصومات من أكثر من وجهة نظر حتى يأتي الحكم الصادر فيها نتيجة خبرة مشتركة من أعضاء المحكمة ، وبعد مناقشة وبحث جماعي منهم ، بدلاً من صدوره بناء

---

(١) (سورة المائدة ، آية رقم ٩٥) .
(سنن البيهقي الكبرى/ ج٥ص١٨١/ ح٩٦٤٢) (مصنف عبد الرزاق/ج٤ص٤٠٨/ ح٨٢٤٠) (الحاكم/ المستدرك/ ج٣ص٣٥٠/ ح٥٣٢٢) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١ص١٢٧/ ح٢٥٨) (الطبري/ تفسير الطبري/ ج٧ص٤٨) (ابن كثير/ تفسير ابن كثير/ ج٢ص١٠٠) (الجصاص/ أحكام القرآن/ ج٢ص٦٦٥) .

(٢) (سورة الأنبياء ، آية رقم ٧٨) .

على بحث وتفكير وخبرة قاضٍ واحدٍ ، مما يجعله عرضة للخطأ .كما أن تعدد القضاة يبعث في نفس القاضي الطمأنينة ، ويبعده عن مجال التأثر بأي مؤثر خارجي ، كخشية النقد أو رهبة الخصوم ، إذ يصدر الحكم من المحكمة بكامل هيئتها . ثم إن نظام تعدد القضاة يضعف احتمال التحيّز ، وذلك أنه إذا افترضنا إمكان تحيز فرد، فإن تحيّز هيئة من القضاة أمر بعيد الاحتمال ، وإذا ما عنَّ لأحد الأعضاء أن يتحيز كانِ في غيره من الأعضاء خير رقيب عليه(١) .

ومثل هذه الضمانات وجودها هام للغاية في المحاكمات الجزائية ؛ لأنها أخطر من غيرها -كما سبق ذكره- وأنها مما لا يتدارك بفواته ، بخلاف غيرها من القضايا.

وهذا ما أخذت به الأنظمة الجزائية التي تطبق الشريعة الإسلامية في أحكامها ؛ ومنها : نظام القضاء في المملكة العربية السعودية الصادر في ١٤/ ٧/ ١٣٩٥هـ ، فقد نص على تشكيل المحكمة العامة من ثلاثة قضاة عند نظر قضايا القتل والرجم والقطع ، والقضايا الأخرى التي يحددها النظام(٢) .

وألحقت قضايا الخطف والسطو بها ، في ٥/ رمضان/ ١٤٠٢هـ ، فصار ينظرها ثلاثة قضاة كذلك .

وأما محكمة التمييز ، فتصدر الأحكام من ثلاثة قضاة ، ما عدا قضايا القتل والرجم والقطع ، فتصدر من خمسة أعضاء ، وألحقت بها قضايا الخطف والسطو .

وأما مجلس القضاء الأعلى فيشكل من أحد عشر عضواً ، عندما ينعقد بهيئته العامة ، كما تشكل الهيئة الدائمة من خمسة أعضاء(٣) .

ويلاحَظ التمسك بالرقم الفردي الذي يضمن أغلبية في كل حالات الاختلاف.

---

(١) (عبد المنعم جيرة/ نظام القضاء في المملكة العربية السعودية/ ص٦٧، ٦٨) .

(٢) (عبد المنعم جيرة/ نظام القضاء في المملكة العربية السعودية/ ص٧٢) (جمال المرصفاوي/ نظام القضاء في الإسلام - مؤتمر -/ ص٩٦) .

(٣) المصدرين السابقين .

المطلب الرابع
الشورى في القضاء

من الأمور المقيدة لاختصاص القضاة ، أن يؤمر بالاستشارة ، أو أن يندب إليها ، فوجود رأيين أفضل من واحدٍ جزماً ، كما ذكرت في حالة التعدد ، ولذلك قال العلماء بالمشاورة .

إلا أن الفارق بين التعدد والشورى ، أن التعدد فيه إلزام القاضي باعتبار قول من يحكم معه ، أما الشورى فلا إلزام للقاضي باعتماد واعتبار قول من يشاوره ، فهو مخيّر بين الأخذ به وعدمه. فإن ألزمناه برأي من يشاوره صار تعدداً، أما المشاورة دون إلزام فهي موضوعنا في هذا المطلب.

والشورى فضلها عظيم ، ويكفيها فضلاً أنها بين إحدى الحسنيين : صواب يفوز به ، أو خطأ يشارك في مكروهه ، كما قيل[1] .

وقد اتفق العلماء على فضل المشورة وأهميتها للقاضي ، وخاصة في الأمور الجزائية لخطورتها وعظيم أمرها[2] .

وأبتدئ بالحديث عن مشروعية الشورى في القضاء .

١- يقول تعالى : ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ ﴾[3].

---

(١) (القلعي/ تهذيب الرياسة وترتيب السياسة/ ص١٨٤) .

(٢) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٠٠) (ابن خلدون/ رسالة ابن خلدون للقضاة/ ص١١٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣) (ابن قدامة/ عمدة الفقه/ ص١٥٩) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص١٠٣) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص١٢) (الإمام مالك/ المدونة/ ج٤ص٤٨٦) (الشافعي/ الأم/ ج٦ ص٢١٩) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين / ج٥ص٣٦٦) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص١٩٦) (الشافعي/ أحكام القرآن/ ج٢ص١١٩) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٧) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٢٠) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣١٥) .

(٣) (سورة آل عمران ، آية رقم ١٥٩) .

يقول الحسن البصري[1] في الآية : كان النبي ﷺ مستغنياً عنها ، ولكن أراد أن تصير سنة للحكّام[2] .

فالآية موجهة إلى رسول الله ﷺ وقد كان الحاكم والقاضي والمنفذ ، وكما أخبر الإمام البصري ، فإن النبي ﷺ كان أغنى الناس عن الناس وعن مشاورتهم ، ومع ذلك كان أكثر الناس مشاورة لأصحابه ، يريد بذلك أن يقتدي به الحكام والقضاة ، ولو فعلوا لأفلحوا في الدنيا والآخرة .

٢- أن الاستشارة في القضاء كان من دأب الصحابة الكرام ، فقد شاور عمر ابن الخطاب رضي الله عنه في دية الجنين[3] ، فقد استشار رضي الله عنه الصحابة في إملاص المرأة ، أي إسقاط جنينها[4] عندما طلب امرأة لشبهة فأسقطت جنينها من الخوف، و أخذ برأي علي رضي الله عنه .

٣- ومن ذلك أيضاً أن عمر رضي الله عنه شاور في حدّ الخمر ، فقال له علي ابن أبي طالب رضي الله عنه : نرى أن تجلده ثمانين ، فإنه إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى ، فجلد عمر في الخمر ثمانين[5] .

---

(١) هو الحسن بن أبي الحسن البصري ، أبو سعيد ، إمام أهل البصرة ، وخير أهل زمانه ، ولد لسنتين بقيتا في خلافة عمر ، وقال ابن سعد في طبقاته : كان جامعاً عالماً رفيعاً فقيهاً حجة مأموناً عابداً ناسكاً ، كثير العلم ، فصيحاً جميلاً . (ابن العماد/ شذرات الذهب/ ج١ص١٣٦-١٣٧) .

(٢) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٢٨٦) (الشافعي/ أحكام القرآن/ ج٢ص١١٩، ١٢٠) (الغزالي/ الوسيط/ ج٧ص٣٠٣) (البجيرمي/ حاشية البجيرمي على الخطيب/ ج٤ص٣٩٠) .

(٣) سبق تخريجه ، انظر ص١٢٢ .

(٤) (البخاري/ الديات/ باب جنين المرأة/ ح٦٩٠٦) (مسلم/ القسامة والمحاربين .../ باب دية الجنين ووجوب الدية في قتل الخطأ/ ح١٦٨٣) (أبو داود/ الديات/ باب دية الجنين/ ح٤٥٧٠) (ابن ماجه/ الديات/ باب دية الجنين/ ح ٢٦٤٠) (أحمد/ عن المغيرة بن شعبة/ ح١٧٦٧٠، ١٧٧٤٨) (الدارمي/ المقدمة/ باب الرجل يفتي بشيء ثم يبلغه عن النبي ﷺ فيرجع إلى قول النبي ﷺ/ ح٦٤٢) .

(٥) (الموطأ/ الأشربة/ باب الحد في الخمر/ ح١٥٨٨) (أبو داود/ الحدود/ باب إذا تتابع في شرب الخمر/ ح ٤٤٨٩) (أحمد/ عن أنس بن مالك/ ح١٢٤٤٤، ١٢٣٩٤، ١٣٤٦٨) (الدارمي/ الحدود/ باب في حد الخمر/ ح٢٣١١) (الحاكم/ المستدرك/ ج٤ص٤١٧/ ح٨١٣١) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٣٢٠/ =

٤- وروي أنه رضي الله عنه استشار في رجلين استبا ، فقال أحدهما للآخر : والله ما أبي بزانٍ ولا أمي بزانية ، فاستشار عمر رضي الله عنه ، فقال قائل : مدح أباه وأمه ، وقال آخر : وقد كان لأبيه وأمه مدح غير هذا ، نرى أن تجلده الحد ، فجلده عمر الحد ثمانين[1] .

٥- أن عمر رضي الله عنه كان يكون عنده جماعة من أصحاب رسول الله ﷺ ؛ منهم عثمان وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف ، إذا نزل به الأمر شاورهم فيه ، ولا مخالف في استحباب ذلك[2] .

٦- أن أبا بكر رضي الله عنه كان يحضر عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم مجلس قضائه[3] .

٧- أن ابن عمر رضي الله عنهما عندما أراد عثمان رضي الله عنه أن يوليه القضاء ، استعفاه. فقال له: إن إباك كان يقضي ! قال : إن أبي لو أشكل عليه شيء سأل رسول الله ﷺ ، وإن أشكل على رسول الله ﷺ سأل جبريل عليه السلام ، وإني لا أجد من أسأله ، فأعفاه [4].

= ح١٧٣١٧) (الدارقطني/ج٣ ص١٥٧/ح٢٢٣) (الشافعي/مسند الشافعي/ ص٢٨٦) (النسائي/السنن الكبرى/ج٣ص٢٥٣/ح٥٢٨٩) (مصنف عبد الرزاق/ج٧ص٣٧٨/ ح١٣٥٤٢) .

(١) (الموطأ/الحدود/باب الحد في القذف والنفي والتعريض/ح١٥٦٩) (سنن البيهقي الكبرى/ج٨ ص٢٥٢/ ح ١٦٩٢٤) (الدارقطني/ج٣ص٢٠٩/ح٣٧٦) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٥٠٠/ ح٢٨٣٧٦) (مصنف عبدالرزاق /ج٧ص٤٢٥/ح١٣٧٢٥) (الزيلعي/نصب الراية/ج٣ص٣٥٣) (ابن حزم/المحلى/ج١١ص٢٣٧) (ابن قدامة /المغني/ج٩ص٨٩) (الزرقاني/شرح الموطأ/ج٤ص١٨٧) .

(٢) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص١٠٠) . والأثر سبق تخريجه .

(٣) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٣٠٣) . والأثر سبق تخريجه .

(٤) (ابن قدامة/المغني/ج١٠ص١٣٥) (ابن خلدون/رسالة ابن خلدون للقضاة/ص١١٩) .

٨- أن التابعين رضي الله عنهم كانوا يفعلونه ، فلما ولي سعد بن إبراهيم[(١)] قضاء المدينة كان يجلس بين القاسم[(٢)] وسالم[(٣)] يشاورهما . وولي محارب بن دثار[(٤)] قضاء الكوفة فكان يجلس بين الحكم[(٥)] وحماد[(٦)] يشاورهما[(٧)].

وكل هذه الآثار دالة على أهمية الشورى للقاضي ، وخصوصاً في باب الجزائيات .

وأكد الفقهاء أن المشورة تساعد القاضي في اجتهاده ، وأنها تقرّبه إلى الصواب[(٨)] . و« أنه ينتبه بالمشاورة ويتذكر ما نسيه بالمذاكرة ، لأن الإحاطة بجميع

---

(١) سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف ، قاضي المدينة ، رأى ابن عمر وجابراً وأنس ابن مالك وأبا أمامة ، يذكر مع الزهري ويحيى بن سعيد الأنصاري ، مات عن اثنتين وسبعين سنة ، ت ١٢٥هـ ، وقيل : ١٢٦هـ ، وقيل : ١٢٧هـ . (الذهبي/سير أعلام النبلاء/ج٥ص٤٢٠) .

(٢) قاسم بن محمد : ابن أبي بكر الصديق ، ولد في خلافة الإمام علي ، وربي في حجر عمته عائشة وتفقه منها . قال عنه عمر بن عبد العزيز : لو كان إليّ من هذا الأمر شيء ما عصبته إلا بالقاسم بن محمد . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ج٥ص٥٧) .

(٣) سالم : أبو عبد الله سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهم ، مات سنة ١٠٦هـ . وقال ربيعة : كان الأمر إلى سعيد بن المسيب ، فلما مات ، أفضى الأمر إلى القاسم وسالم . وهو من فقهاء المدينة السبعة . (الشيرازي/ طبقات الفقهاء/ ص٤٥) .

(٤) محارب بن دثار بن كردوس السدوسي الكوفي الفقيه ، قاضي الكوفة ، كان ثقة حجة ، توفي سنة ١١٦هـ . قال سفيان : ما يخيّل إليّ أنني رأيت أحداً أفضّله على محارب بن دثار . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٥ص٢١٨) .

(٥) الحكم بن عتيبة ، الإمام الكبير ، عالم أهل الكوفة ، من أقران إبراهيم النخعي ، قال سفيان بن عيينة : ما كان بالكوفة مثل الحكم وحماد بن أبي سليمان ، وكان صاحب عبادة وعلم . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٥ص٢٠٩) .

(٦) حماد بن أبي سليمان ، أبو إسماعيل بن مسلم الكوفي ، مولى إبراهيم بن أبي موسى الأشعري، توفي سنة ١١٩هـ ، وقيل : ١٢٠هـ . من تلاميذه : أبو حنيفة وسفيان الثوري وشعبة بن الحجاج وحماد بن سلمة . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٥ص٢٣٢) (الشيرازي/ طبقات الفقهاء/ ص٨٤) .

(٧) (البهوتي/ كشاف القناع/ج٦ص٣١٥) (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٥ص٢١٨) (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ج٥ ص٢١٠) .

(٨) انظر : (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣١٥) .

العلوم متعذرة ، وقد ينتبه لإصابة الحق ومعرفة الحادثة من هو دون القاضي ، فكيف بمن يساويه أو يزيد عليه »[1].

ويقتصر دور المستشار على إبداء الرأي ، فإن حكم القاضي لم يكن لأحد من المستشارين الاعتراض على حكمه ؛ لأن ذلك افتيات عليه ، وإن كان حكمه مخالفاً لاجتهاد من استشاره ، إلا أن يحكم بما يخالف نصاً من كتاب أو سنة ظاهرة أو آحاداً أو إجماعاً .

وقد جعل العلماء للشورى ضوابط ، حتى تؤدي دورها على أحسن وجه ، ومن ذلك :

١- أن لا يكون الأمر الذي يشاور فيه له تعلق بنص أو إجماع أو قياس جلي. فإن كان معلوماً بواحدة منها لم يحتج القاضي إلى رأي غيره[2] .

وهذا الضابط يصح فهمه إذا لم يكن تنزيل الحكم على الواقعة يحتاج إلى اجتهاد ؛ لأن القضاء يعتمد على معرفة الحكم الشرعي في الواقعة نظرياً ، ثم فهم ذات الواقعة عملياً وملابساتها ، ثم تنزيل الحكم على الواقعة ، فإن كانت الواقعة منطبقة فلا يحتاج معها إلى اجتهاد ، أما إن كان التنزيل بحاجة إلى اجتهاد ، وعجز عنه القاضي ، أو أراد تسديد حكمه ووجهة نظره جاز له أن يستشير .

ويدل على ذلك ما نقلته من نصوص في الاستشارة ، فكان الصحابة الكرام يستشيرون في الوقائع لا في الأحكام ، أي ينظرون هل تنطبق هذه الأحكام على هذه الوقائع ، كاستشارة عمر رضي الله عنه في حد شارب الخمر وفي القذف ، ليس لأنه لا يعلم حكم الشارب أو القاذف ، وإنما أراد الاجتهاد في تكييف القضية وتخريجها التخريج المناسب .

وهذا ما أقصده من تنزيل الحكم على الواقعة .

---

(١) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٠٠) .

(٢) (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢١٩) .

٢- وذكروا من أحكام القاضي المستشير أنه يشاور الموافقين والمخالفين من الفقهاء ويسألهم عن حجتهم لاستخراج الأدلة[(١)] . فلا يكتفي بمن يوافقه عمن يخالفه. لأن معرفة آراء الآخرين لا تؤخذ إلا من المخالف .

٣- أن لا تكون المشاورة في الحكم أمام الناس[(٢)] . وإنما يذاكرهم خفية[(٣)] ؛ فإن المشاورة أمام الناس تذهب هيبة المجلس ، ويتهمه الناس بالجهل [(٤)] .

فيقيم الناس عن المجلس ثم يشاورهم ، أو يخرج الناس من غرفة المحاكمة ومجلسها [(٥)] .

إلا أن هذا الضابط لم يكن منطبقاً على أفعال الخلفاء الراشدين والصحابة في القضاء ، والمتتبع لأخبار قضائهم يجد أنهم كانوا يستشيرون أمام الملأ ، وأمام المتخاصمين ، ولعل ذلك كون التهمة بالجهل لا تلحق أمثالهم لاشتهار علمهم وفضلهم وورعهم ، ولتفرد ذلك الجيل بالخيرية حاكمين ومحكومين .

وقد لا يخلو زمانهم عن خروج عن القاعدة المعروفة والأصل العام ، فقد وجد في زمن سيدنا عمر من يحصل عنده شك في حكم عمر لكونه شاور ، أو أخذ برأي إنسان آخر ، كما في قصة المحرم الذي قتل ظبياً ، التي سبق ذكرها ، فقد قال قائل : أيها المستفتي ابن الخطاب ، إن فتيا ابن الخطاب لم تغن عنك من الله شيئاً ، فانحر ناقتك وعظم شعائر الله ، فوالله ما علم ابن الخطاب ما يقول حتى سأل الرجل

---

(١) انظر : (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣١٥) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٠٠) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص ١٣٦) .

(٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣) (منلاخسرو/ درر الحكام/ ج٢ ص٤٠٦) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص١٢) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٢٠) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٢٤) .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣) .

(٤) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص١٢) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٢٠) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص ٣٠٣) .

(٥) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٢٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣) .

الذي إلى جانبه [1]. وهذا هو الذي يحذر منه العلماء في المشاورة ؛ فإن ابن الخطاب رضي الله عنه وأرضاه قد اتهم بذلك ، فكيف بمن هو دون ابن الخطاب بمراتب ودرجات ، وسيدنا عمر وإن لم يشاور خفية ، فإن قول ذلك القائل لا ينقص من قدر علمه واشتهار عدله بين الناس ، وإنما هو نقص في القائل ، ولذلك أدّبه سيدنا عمر رضي الله عنه وعنهم أجمعين .

٤- ألا يكون في جلوسهم عند القاضي ضرر عليه ، كأن يعجز عن الكلام أمامهم [2] ، أو يشتغل قلبه بهم ، كأن يحذر منهم [3] أو يتهيب منهم . فعندها لا يجلسون عنده ، وإنما يبعث إليهم ويسألهم إذا أشكل عليه شيء من الأحكام [4] .

٥- أن يكون من يشاوره أميناً عالماً [5] .

ولم يشترط العلماء فيه شروط تولية القضاء ؛ لأنه ليس المقصود من ذلك توليته القضاء ، وإنما الإصابة في الحكم . والوسيلة إلى الإصابة في الحكم لها وجهان : مادي ومعنوي .

فالأول : يعني موافقة أقوال العلماء وآراءهم واجتهاداتهم ، مع العلم بالنصوص الشرعية الخاصة بالموضوع ، وهذا وسيلته العلم .

والثاني : يعني سلامة النية وصفاء الجوهر مع تقوى الله عز وجل في الحكم ، تحقيقاً للعدل وإرضاءً لله سبحانه وتعالى ، والوسيلة إليه الأمانة. ولذلك قال العلماء: إن المستشار يجمع بين العلم والأمانة [6] .

وبذا يتحقق المطلوب وهو أن يكون الحكم أقرب ما يكون إلى الصواب .

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص٣٦٩ .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٤٢) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٩) .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٣) .

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٤٢) .

(٥) (الشافعي/ الأم/ ج٦ ص٢١٩/ ج٧ ص١٠٠) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص١٩٦) .

(٦) (الشافعي/ الأم/ ج٦ ص٢١٩) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص١٩٦) .

وقال بعض الشعراء :

خصائص من تشاوره ثلاث ∴ فخذ منها لنفسك بالوثيقة
وداد خالص ووفور عقل ∴ ومعرفة بحالك في الحقيقة
فمن تخلص له هذه المعاني ∴ فتابع رأيه والزم طريقه[1]

٥- أن الأصل في المشاورة أنها مستحبة ، أما إذا أشكل الحكم على القاضي فتصير المشاورة واجبة[2].وكذا إن كان القاضي ليس من أهل الاجتهاد [3].

وبيان ذلك ، أن فصل الخصومات واجب بعد أن رفعت للقضاء ، ولا وسيلة إليه إلا بالمشاورة ، فكان واجباً [4].

وهذا الوجوب يشبه إلى حد كبير تعدد القضاة ، التي بُحثت سابقاً ، إلا أن الفارق بينهما أن القاضي في التعدد ملزم بالأخذ بقول غيره ، أما في المشاورة فلا يلزم ، وإنما يستأنس بآراء غيره دون إلزام برأي .

المطلب الخامس
درجات التقاضي

من الصلاحيات التي يملكها ولي الأمر في تخصيص القضاء ، أن يجعل للقضاء مراتب في ذات الاختصاص ، أو ما يُسمى بدرجات التقاضي .. والذي يعني أن يتم تحديد القضاة في مراتب معينة تختلف المراتب بينهم بحسب كفاءة القاضي وخبرته ، وبحسب جسامة الجرم ، ومدى خطورة ما يترتب عليه من نتائج .

والأصل في الشريعة أن التقاضي يكون على درجة واحدة ، إلا أن هناك نصوصاً تتعلق بأنواع خاصة من الجرائم تدل على وجود أكثر من درجة ومرتبة

---

(١) (القلعي/ تهذيب الرياسة وترتيب السياسة/ ص١٨٧) .
(٢) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٦٥) .
(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٦٥) .
(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٦٥) .

للتقاضي فيها .

والحديث هنا عن التخصيص في هذه المراتب وليس عما ينتج عنها من آثار كنقض الأحكام أو إبرامها والمصادقة عليها ؛ لأن لها موضعاً آخر في الفصل القادم بإذن الله تعالى .

أما إعمال مبدأ تدرج القضاء في كل قضية دون ضابط ، فإنه يجعل من أدنى مراتب هذا السلّم حالة عبثية لا أهمية لوجودها ، ولا نفع من ورائها ؛ ذلك أن كل من يحكم عليه في هذه المرتبة سيستخدم الدرجة التالية للتقاضي ، سواء أكان محقاً أم غير محق ، وذلك طمعاً في تغير الحكم لصالحه ، والوصول إلى مراده ومبتغاه .

ولذلك وجدنا كتب الفقه تركز على درجة واحدة من التقاضي لا تتبعها مرحلة ثانية في الأعم الأغلب .

إلا أن هذه الكتب وفي نصوص أخرى تخلت عن هذا المبدأ في بعض المواطن ، ومنها :

ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه نهى الولاة عن القتل إلا بإذنه[1] .

وهذا النهي يدل على حصر إعادة النظر في القضايا التي عقوبتها القتل في الإمام الأعظم، ومعلوم أن المقصود بذلك منع ما لا يتدارك بفواته قبل فواته ، حتى يكون فعله وإتيانه على الوجه الصحيح ، وليس مقصود سيدنا عمر رضي الله عنه

---

(١) روى ابن أبي شيبة في مصنفه عن النزال بن سبرة : « بينما نحن بمنى مع عمر ، إذ امرأة ضخمة على حمارة تبكي ، قد كاد الناس أن يقتلوها من الزحام ، يقولون : زنيت ، فلما انتهت إلى عمر قال : ما يبكيك ؟ إن امرأة ربما استكرهت ، فقالت : كنت امرأة ثقيلة الرأس ، وكان الله يرزقني من صلاة الليل، فصليت ليلة ثم نمت ، فوالله ما أيقظني إلا الرجل قد ركبني ، فرأيت إليه مقفياً ما أدري من هو من خلق الله ، فقال عمر : لو قتلت هذه خشيت على الأخشبين النار ، ثم كتب إلى الأمصار : ألا تقتل نفس دونه » . (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٥١٢/ ح٢٨٥٠١) (وبرواية أخرى في المصنف/ ج٥ص٥١١/ح٢٨٤٩٥) (وبرواية أخرى في المصنف/ج٥ص٥١٢/ح ٢٨٥٠٠) (مصنف عبدالرزاق/ ج٧ص٤٠٩/ح١٣٦٦٤، ١٣٦٦٦) (ابن قدامة/ المغني/ج٩ص٧٣) (ابن فرحون / تبصرة الحكام/ ج١ص١٨) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١١) .

في ذلك مجرد الإجراء الشكلي المتمثل بالتصديق على الحكم والتوقيع ، وإنما إعادة النظر في القضية ليعلم دقة القاضي في الحكم ودرجة إصابته الحق فيه ؛ لأنه نهى عن القتل إلا بإذنه ، ولا يكون فعل القتل أو الإذن به إلا بحكم ، ولا حكم إلا بالنظر في القضية .

فالمراد أن الوالي بعد أن يحكم على المتهم ، وبعد أن يجد أن عقوبته القتل ، فإنه يرفع القضية للإمام ليعيد النظر في القضية ، فإما أن يقره على حكمه ، وإما أن لا يقره .

وهذا الإجراء هو من قبيل التحرز في القتل ؛ لأنه من أخطر الأمور وأصعبها.

وقد سبق هذا الإجراء في الشريعة إجراءات أخرى نص عليها العلماء ؛احتياطاً في النفوس والدماء ، ومنها : أنه لا يوكل أمر النظر في الجرائم الخطيرة لأي قاضٍ أو لأي والٍ ، بل للإمام أن يخصص من يقوم بذلك ومن يحكم فيه ، ثم بعد أن يحكم ، له أن يعيد النظر في القضية مرة ثانية .

وكل هذا من باب السياسة الشرعية ، فإنه لا يصلح الحفاظ على النفوس مع ضعف القضاة وخوف الجور منهم إلا هذا ، فمثل هذه الأحكام خطيرة ، والإثم فيها كبير في الجور والظلم . يقول الإمام العز في تعليقه على قول ابن الحاجب[1] : (ولا يقيم الحدود إلا الحاكم): « هذا هو الأصل أنه للخلفاء وللقضاة ، والقتل لا يكون لكل القضاة ، وبالجملة فإن إقامة الحدود لا تكون لكل أحد ، بل ولا لكل والٍ ، لما تؤدي إليه المسارعة إلى إقامة الحدود في غيرهم من الفتنة والتهارج »[2].

وعلق الإمام ابن فرحون على ما روي عن عمر رضي الله عنه بقوله :

---

(١) ابن الحاجب : أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبي يونس ، المعروف بابن الحاجب ؛ لأن أباه كان حاجباً لعز الدين موسك الصلاحي ، فقيه من أئمة المالكية ومن كبار العلماء بالعربية ، كردي الأصل ، وهو الذي مزج النحو بعلم البيان ، ولد في أسنا بالصعيد ، ونشأ في القاهرة ، وسكن دمشق ، وتوفي بالإسكندرية ، له مؤلفات : مختصر الفقه، ومنتهى السول والأمل من علم الأصول والجدل ، توفي سنة ٦٤٦هـ . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٢٣ص ٢٦٦) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٨) .

« وأيضاً فإنه يلزم على إقامة الحدود أحكام من فسق المحدود وغير ذلك ، فيجب التحوط لها بقصرها على بعض الولاة »[1].

وهذه القضايا وإن قصرت على بعض الولاة ، إلا أن ذلك لا يمنع الإمام أن يعيد النظر فيها ثانية ، إما بذاته ، وإما بغيره ممن ينبيه على هذا العمل ، وذلك خوف الحيف والظلم .

والملاحظ أن إعادة النظر هنا من سيدنا عمر إجبارية لا اختيارية ، فهو استئناف بحكم القانون ، ولا يترك الخيار فيه للمدعى عليه .

(١) المرجع السابق .

المبحث الثاني

أصول نظر الدعوى الجزائية

في هذا المبحث يتركز الحديث حول الأصول التي تضبط جلسة الحكم ؛ فبعد الحديث عن تخصيص القضاء ، جاء الوقت للحديث في أصول شرعية تضبط عملية التحاكم في القضايا الجزائية .

ويتناول المبحث مواضيع ذات أهمية بالغة في التحاكم ؛ كالمساواة ، وحفظ هيبة المجلس، وعلانية المحاكمة ، ومكانها ، وكيفية توثيقها ، وضرورة تسهيلها وتيسيرها ، وغير ذلك من التفصيلات التي تناولتها كتب الفقه .

وهي إجراءات أكّد الفقهاء على أهمية مراعاتها ، لأنها تشكل جزءاً من الأساس الذي بني عليه القضاء في الإسلام ؛ وهو إحقاق الحق وإزهاق الباطل ، وإقامة العدل ونبذ الظلم ، إرضاءً لوجه الله تعالى ابتداءً ، وإسعاداً للمسلمين انتهاءً .

وجاء تفصيل هذا المبحث لمعالجة هذه الأصول في ثلاثة مطالب .

المطلب الأول : أصول المحاكمة الشكلية .

المطلب الثاني : سيرة القاضي في الأحكام .

المطلب الثالث : أعوان القضاء .

وتفصيل هذه المطالب يأتي فيما يلي :

المطلب الأول

أصول المحاكمة الشكلية

لابد في المحاكمة الجزائية من تحديد مكانها ووقتها ، والنظر في علانيتها وسريتها ، وكذلك في الإجراءات التي تضمن تسهيل عملية التقاضي ، ثم في توثيق وتدوين ما يجري في المحاكمة .

والملاحظ أنها إجراءات تتسم بالشكلية ، ولها اتصال من جوانب أخرى بالموضوعية كما سبق وأن بينّا علاقة الشكل بالموضوع .

ولمعالجة هذه العناوين أفردت لكل منها فرعاً .

الفرع الأول : مكان المحاكمة ووقتها :

تحدث الفقهاء في كتب الفقه عن مكان إجراء المحاكمة الجزائية وغير الجزائية على حدٍّ سواء ، وجعلوا للمكان الذي تنعقد فيه جلسة الحكم ضوابط تؤدي الغرض المنشود منه .

وأستطيع أن أجمل هذه الضوابط بما يلي :

١- أن يجلس القاضي في موضع بارز ، والبروز هنا إما أنه بروز القاضي للحاضرين لجلسة الحكم . وفيه يقول الفقهاء : ينبغي ارتفاع محل جلوسه كدكّة[١] ونحوها[٢] ، أو البروز بمعنى اشتهار المكان لكل الناس ولكل من أراد التخاصم ، وقد نص البعض على أن مكان القضاء يكون في وسط البلد وفي السوق، وقال البعض الآخر أن يكون في أشهر الأماكن ، ويستحب أن يكون في مجامع الناس[٣] .

---

(١) الدكة : بناء يسطح أعلاه ، وهو الذي يقعد عليه . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٠ص٤٢٥) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢٦) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص١٣٥) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٢٨٦) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٠٣) .

(٣) انظر في ذلك : (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢١٤، ٢٣٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٢) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢٦) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٠٣) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٢٨٥) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ص١٧٨) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص٩٦) (الشيرازي/ المهذب/ ج٢ص٢٩٣) (ابن قدامة/ الكافي/ ج٤ص٤٤٣) .

يقول ابن رسلان[1] صاحب متن الزبد :

ويستحب كاتباً ويدخل ∴ بكرة الاثنين ووسطاً ينزل
ومجلس الحكم يكون بارزاً ∴ متسعاً من وهج حرٍ حاجزاً[2]

٢- أن يكون مأذوناً فيه لكل الناس على العموم ، ولا يمنع منه أحد ؛ لأن لكل أحد حقاً في مجلسه [3].

ونص بعض الفقهاء على ألا يكون على بابه حاجب ولا بواب ، وأنه الأفضل [4].

والمقصود من ذلك أن البواب والحاجب إذا كان لمنع الناس من الدخول لمطلق المنع ، فهذا منهي عنه ، أما إن كان للترتيب وخوف التشغيب على القاضي ، فمستحب ، كما سيأتي في مطلب أعوان القضاء .

٣- أن يكون المجلس سهلاً للناس غير شاق عليهم ، سواء في الوصول إليه أم في الجلوس فيه [5].

فإن الرفق بالناس من الأسس التي بني عليها القضاء في الإسلامي ، كما سيأتي في فرع تسهيل القضاء .

---

(١) ابن رسلان : أحمد بن حسين بن حسن بن رسلان ، ولد برملة فلسطين ٧٧٣هـ ، شرح البخاري وسنن أبي داود ومنهاج البيضاوي وألفية العراقي وجمع الجوامع ، توفي في شعبان ٨٤٤هـ . (حاجي خليفة/ كشف الظنون/ ج١ ص٥٩٦، ٦٢٦/ ج٢ص١٠٥٤) (من مقدمة شرح متن الزبد/ ص٣) .

(٢) (ابن رسلان/ متن الزبد/ ص٣١٦) (الرملي/ شرح زبد ابن رسلان/ ص٣٢٤) .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٧) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٧ص ٢٧٠) (البابرتي/ العناية / ج٧ص٢٧٠، ٢٧١) .

(٤) (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢١٤/ ج٨ص٤٠٧) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ص١٧٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص ٣٠٢).

(٥) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٢٠) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٠٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٩) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢٦) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٢٨٥) (الباجي/ المنتقى شرح الموطأ/ ج٥ص١٨٢) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٨) .

ومن صور التيسير في المجلس أن يكون المجلس فسيحاً [1]، وأن يكون مصوناً من أذى حرٍّ وبردٍ وريحٍ وغبارٍ ودخانٍ ، وأن يليق بالوقت من صيف وشتاء [2] .

بل وفوق ذلك يندب أن يكون ذا نزهة كخضرة في الربيع ، وذا ماء في الصيف ، وذا كِنٍّ [3] في الشتاء ، أو أن يكون في الصيف في مهب الريح ، وفي الشتاء في مكان دافئ [4] .

يقول ابن رسلان في متن الزبد :

ومجلس الحكم يكون بارزاً ∴ متسعاً من وهج حر حاجزاً [5]

وذلك لتأمين الجو المناسب للقاضي وللخصوم لإتمام عملية التقاضي على خير وجه .

٤- ألا يؤدي المكان إلى ملل القاضي [6] .

على اعتبار أن الملل قد يؤثر في الحكم فيرغب بالخلوص من المكان بالاستعجال ، فمنعه الفقهاء .

---

(١) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣١٢) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢٦) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٠٣) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٢٨٥) (الشيرازي/ المهذب/ ج٢ص٢٩٣) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ص٤٤٣) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص١٣٤) .

(٢) انظر : (النووي/ منهاج الطالبين/ ص١٤٩) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢٦) (قليوبي وعميرة / حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٠٣) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٢٨٥) (الخطيب الشربيني/ الإقناع / ج٢ ص٦١٦) (النووي/ روضة الطالبين/ ج١١ص١٣٨) .

(٣) الكِن : كل شيء وقَى شيئاً، فهو كِنُّه وكِنانُه، واكْتَنَّت المرأة : سترت وجهها . (الفراهيدي/ العين/ ج٥ ص٢٨١) .

(٤) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٠٣) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٢٨٥) (النووي/ روضة الطالبين/ ج١١ص١٣٨) (الرملي/ شرح زبد ابن رسلان/ ص٣٢٤) (الخطيب الشربيني/ الإقناع/ ج٢ص ٦١٩) .

(٥) (ابن رسلان/ متن الزبد/ ص٣١٦) .

(٦) انظر : (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢١٤) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢٦) .

٥- ألا يكون في المكان ما يورث التهمة[١] ؛ كأن يكون بيت أحد الخصمين أو أقربائه .

٦- أن يكون المكان محققاً لحفظ هيبة القضاء [٢] ؛ كأن يكون في مكان لا يأنف منه أحد ، ولا يتأذى بدخوله أحد . وضربوا له مثالاً المسجد ، وسيأتي حكم القضاء في المسجد بعد قليل.

٧- ألا يكون المكان مما لا يستجمع رأيه معه فينشغل ذهنه فيه ؛ فقالوا : لا يقضي وهو ماشٍ أو راكب[٣] ؛ لأن الرأي لا يجتمع وهو مشغول بالمشي [٤].

وسمحوا بأن يقضي في الطريق ، بشرط أن لا يضيق على المارة [٥].

وأن يكون أمراً مستعجلاً استغيث به ، فلا بأس أن يأمر وينهى ويسجن . أما الحكم الفصل فلا[٦] .

وأجاز ذلك كله أشهب[٧] من المالكية[٨] .

٨- أن الضرورة إذا دعت إلى تعدد مجالسه فيعدده ، ويجعله في أكثر من موضع، كثلاثة مواضع ؛ للرجال وللنساء والخناثى [٩].

---

(١) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٨) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٨) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٢) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ج٥ص٢٢٦) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص٣٠٣) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٨) .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٧) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص ١٧٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥٢) .

(٤) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٨) .

(٥) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٨) (ابن حجر/ فتح الباري/ ج١٣ص١٣١) .

(٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٠) .

(٧) أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم ، أبو عمر القيسي العامري ، من الطبقة الوسطى من أصحاب مالك . قال الشافعي : ما رأيت أفقه من أشهب ، وعدد كتب سماعه عشرون (١٤٠-٢٠٤هـ بعد الشافعي بثمانية عشر يوماً . (ابن فرحون/ الديباج المذهب/ ص٩٨) .

(٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٠) .

(٩) زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢٦) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٠٣) .

وأما القضاء في مكان معين كالدار أو كالمسجد فقد تناوله الفقهاء كذلك ، واتفقوا على الدار بشروط ، واختلفوا في المسجد .

أما الدار ، فعبارات الفقهاء تشير إلى وجود فريقين .

فالحنفية والشافعية وقول عند المالكية قالوا : ويجوز أن يقضي في داره بشروط[1] :

١- أن يكون في وسط البلد[2] .

٢- ألا يكون له حاجب ولا بواب ، فيأذن للناس بالدخول عليه ، ولا يمنع أحداً من الدخول فيه[3] .

٣- وأن يجلس معه من كان يجلس معه في المجلس ، ولا يجلس وحده ؛ لأنه يورث التهمة[4] .

واستدلوا على ذلك بأن عمل القضاء لا يختص بمكان[5] ؛ فالحكم عبادة ولا تختص العبادة بمكان[6] .

وهذا باستثناء ما إذا خصصه الإمام بذلك ، فقد سبق نقل اتفاق العلماء عليه.

أما المالكية فذكر بعضهم منع القضاء بالدار إلا إن دعته لذلك ضرورة[7] ؛

---

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٧) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٢٠) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ ص٣٠٣) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ ص٢٨٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٨) .

(٢) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٢٠) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٧) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ ص١٤) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ ص١٧٨).

(٣) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ ص١٧٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٧) .

(٤) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٧) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٥٠) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ ص١٧٨) .

(٥) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٢٠) .

(٦) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ ص١٧٨) .

(٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٣) .

فاشترطوا لجوازه شروطاً :

١ - أن يفتح أبوابها .

٢ - أن يجعل سبيلها سبيل المواضع المباحة لذلك ، فلا يجعل حجاباً ولا مانعاً[1] .

واستدلوا على ذلك بأن عمر رضي الله عنه أنكر على أبي موسى الأشعري قضاءه في داره ، وأمر بإضرام داره عليه ناراً ، فاستقال[2] ولم يعد إلى ذلك[3] .

وبالرغم من اختلاف الفريقين إلا أن الاختلاف بسيط ، حيث إن المالكية يشترطون الضرورة ، وهذا ما لم يشترطه الجمهور ، وكل من الفريقين حريص على تسهيل التقاضي ، ويكفي هذا جامعاً بينهما .

أما المسألة التي فيها الخلاف فهو القضاء في المسجد . وكان الفقهاء فيها على قولين :

القول الأول : جواز القضاء في المسجد .

وأصحاب هذا القول هم الحنفية والمالكية والحنابلة[4] . على اختلاف بينهم في كونه جائزاً أم مندوباً أم واجباً .

في حين أن الحنفية يرون الجواز مطلقاً ، وكذلك الحنابلة ، إلا أن المالكية قالوا بالندب والاستحباب حيناً ، ونقل بعضهم الوجوب ، إلا أن المفتى به عندهم الاستحباب ، وقد يفسر القول الآخر بالندب المؤكد اقتداءً بالسنة والآثار الصحاح .

وقال الحنفية : إن هذا الحكم يشمل المسجد الجامع وغيره ، لكن الجامع أولى

---

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٣) .

(٢) فاستقال : أي طلب إقالة عثرته . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١١ص٥٨٠) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٣) .

(٤) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣١٩) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٧) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٠٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٨) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣١٢) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٢) (الكافي/ إحكام الأحكام/ ص١٤) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص١٣) .

لأنه أشهر[1]، ولأنه غير خفي على الغرباء وغيرهم[2] .

واشترطوا أن يكون الجامع في وسط البلد ، أما إن كان في الطرف فلا ؛ لزيادة المشقة[3] .

وكذلك أن يجلس بهيئة يعلم الناس أنه جلس لفصل الخصومات لا لعبادة أخرى[4] .

أما المالكية فقالوا : إن القضاء في المسجد من الأمر القديم وهو الحق والصواب [5]، وذكروا استحباب القضاء فيه ؛ يقول ابن عاصم في التحفة :

وحيث لاق[6] للقضاء يقعد ∴ وفي البلاد يستحب المسجد[7]

وذكر بعض المالكية أنه ينبغي أن يكون القضاء في المسجد[8] .

أما الحنابلة ، فذكروا أنه يشترط أن يصونه عما يكره فيه من لغط ونحوه[9] .

واستدل هذا الفريق بعدّة أدلة وهي :

١ - قوله تعالى : ﴿ وَهَلْ أَتَىٰكَ نَبَؤُا۟ ٱلْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا۟ ٱلْمِحْرَابَ ﴾[10].

فدل على أن الحكومة وقعت عنده في مسجده عليه السلام[11] . وهذا نص في

---

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٧) .

(٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٧) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٨) .

(٣) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٢) .

(٤) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٧) .

(٥) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٠٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٨) (الباجي/ المنتقى/ ج٥ص١٨٢) .

(٦) لاق : من يليق، بمعنى يناسب أو استغنى به . فإن القاضي يقضي في أي مكان يليق بالقاضي والقضاء. (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٠ص٣٣٤) .

(٧) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص١٣) (الكافي/ إحكام الأحكام/ ص١٤) .

(٨) (الباجي/ المنتقى شرح الموطأ/ ج٥ص١٨٢) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٢) .

(٩) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣١٢) .

(١٠) (سورة ص ، آية رقم ٢١) .

(١١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٨) (الباجي/ المنتقى شرح الموطأ/ ج٥ص١٨٢) .

موطن النزاع .

٢- أن النبي ﷺ حكم بين المتلاعنين في المسجد[(١)] ؛ وذلك في قصة من اتهم امرأته بشريك بن سحماء . وجاء النص أن النبي ﷺ أمرهما بالتلاعن وكان في المسجد . فدل على جوازه من فعله ﷺ .

٣- أن النبي ﷺ قال للمديون : قم فاقضه ، بعد أن أمر الدائن بوضع الشطر، وكانا في المسجد وقد ارتفعت أصواتهما[(٢)] .

٤- أن النبي ﷺ أمر بإقامة الحد وهو في المسجد [(٣)]. وهذا حكم وقضاء منه ﷺ ، وإن لم يوجد الخصوم .

وأن هذا شأنه ﷺ ، فقد كان يفصل الخصومات في معتكفه ، وأنه فعل الخلفاء الراشدين من بعده [(٤)].

٥- أن النبي ﷺ قال : « إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحُكم » [(٥)].

---

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ خ٢ص١٥٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٨) (الباجي/ المنتقى/ ج٥ص١٨٢) .

والحديث أخرجه (البخاري/ الطلاق/ باب التلاعن في المسجد/ ح٥٣٠٩) (مسلم/ اللعان/ باب رقم١/ ح١٤٩٢) (الدارقطني/ سنن الدارقطني/ ج٣ص٢٧٤/ ح١١٢) (مصنف عبد الرزاق/ ج٧ ص١١٦/ ح١٢٤٤٦) (أبو داود/ الطلاق/ باب في اللعان/ ح٢٢٥٣) . والحديث مروي في مسانيد أخرى ، إلا أنني اقتصرت على ما فيه ذكر للمسجد منها ، وهي المذكورة في التخريج .

(٢) (البخاري/ الصلاة/ باب التقاضي والملازمة في المسجد/ ح٤٥٧) (مسلم/ المساقاة/ باب استحباب الوضع من الدين/ ح١٥٥٨) (النسائي/ آداب القضاة/ باب حكم الحاكم في داره/ ح٥٤٠٨) (أبو داود/ الأقضية/ باب في الصلح/ ح٣٥٩٥) (ابن ماجه/ الأحكام/ باب الحبس في الدين والملازمة/ ح٢٤٢٩) (أحمد/ عن كعب بن مالك/ ح١٥٣٣٩، ١٥٣٦٤، ٢٦٦٣٢) (الدارمي/ البيوع/ باب في إنظار المعسر/ ح٢٥٨٧) .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٢) .

(٤) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٨) .

(٥) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٧) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٨) .

وفي نصب الراية قال : غريب بهذا اللفظ ، وما أخرجه مسلم ليس فيه الحكم ، وإنما لذكر الله والصلاة وقراءة القرآن . (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٤ص٧٠) .

والقضاء من الحُكم ، فتكون محلاً للقضاء .

٦- أن عمر رضي الله عنه لاعن عند منبر رسول الله ﷺ ، كما رواه البخاري[١] .

٧- أن القضاء في المسجد أنفى للتهمة عن القاضي ، وأسهل للناس للدخول عليه[٢] ، وأبعد للاشتباه على الغرباء وبعض المقيمين[٣] .

وأن المسجد أقرب على الناس في شهودهم ، ويصل إليه الضعيف والمرأة ، ولأنه يرضى فيه بالدون من المجلس[٤] .

و أن الحكم عبادة ، فيجوز إقامتها في المسجد كالصلوات[٥] .

وأن المسجد وحرمه محلّ التواضع والإخبات ، ومقر لتساوي العموم وذوي الهيئات، وأنه لا يتأذى أحد بالمثول فيه أمامه ، بخلاف غيره من المواضع التي لها صدر وأطراف مما يشق النزول فيها على الكبراء والأشراف[٦] .

القول الثاني : ويرى أصحاب هذا القول كراهية القضاء في المسجد .

وهو قول الشافعية[٧] . يقول ابن رسلان في متن الزبد :

يكره بالمسجد حيث قصدا ∴ حكم خلاف مالك وأحمدا[٨]

---

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٢). (وأخرجه البخاري تعليقاً/ الأحكام/ باب من قضى ولاعن في المسجد).

(٢) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٨) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٨) .

(٣) المرجع السابق .

(٤) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٠٣، ١٠٤) (الباجي/ المنتقى/ ج٥ص١٨٢) (ميارة الفاسي/ شرح ميارة/ ج١ص ١٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٨) .

(٥) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ص١٧٨) .

(٦) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٢) .

(٧) (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢١٤) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢٦) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٢٨٥) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٠٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٩) .

(٨) (ابن رسلان/ متن الزبد/ ص٣١٧) .

بخلاف الفتوى وتعليم القرآن والعلم فإنه لا يكره[1] .

ويقصد الشافعية بالمنع ، أن يتخذ المسجد مجلساً للقضاء . أما إن تفرقت الحوادث واتفقت له وقت حضوره في المسجد لصلاة أو غيرها ، فلا يكره للاتباع[2].

وعليه يحمل فعل النبي ﷺ والخلفاء من بعده[3] .

فإذا احتاج للقضاء في المسجد ، فإنه يمنع الخصوم من الخوض فيه بالمخاصمة والمشاتمة ونحوهما، بل يقعدون خارجه وينصب من يُدخل عليه خصمين خصمين[4].

واستدل الشافعية على هذا القول بما يلي :

١- أن الله تعالى يقول : ﴿ فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُ ﴾[5].

فبيوت الله وجدت ليذكر فيها اسمه تعالى ، وليس في القضاء في المسجد إلا إهانة المسجد وخصوصاً المساجد الثلاثة ، وقد جاء عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت لرجل دقّ مسماراً في حائط المسجد : لقد آذيت رسول الله ﷺ [6].

واحترامه بعد موته ﷺ واجب كما كان في حياته[7] .

٢- أن النبي ﷺ قال : « جنّبوا مساجدكم رفع أصواتكم وخصوماتكم » [8].

---

(١) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢٦) .

(٢) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٠٣) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٢٨٥) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢٦) .

(٣) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٢٨٥) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٢٩٧) .

(٤) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٢٨٥) (النووي/ روضة الطالبين/ ج١١ص١٣٩) (الدمياطي/ إعانة الطالبين/ ج٤ص٢٢٨) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٢٩٧) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص١٣٥) .

(٥) (سورة النور ، آية رقم ٣٦) .

(٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٩) .

(٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٩) .

(٨) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص١٤) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢٦) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٠٣) .
=

فيجب صون المساجد عن ارتفاع الأصوات واللغط[1] . وقد يدخل بعض العوام المسجد ورجله فيها بلل ، وربما كانت غير طاهرة ، وقد يحتاج لإحضار المجانين والصغار[2] . وهذا ما يكتنف القضاء ؛ فإنه ترتفع فيه الأصوات ، وربما السباب والشتم ، ولذا تصان المساجد عن مثله حتى لا تمتهن .

٣- روي أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى أحد قضاته[3] أن لا يقضي في المسجد[4] .

٤- أن فيه تضييقاً على الناس ؛ فمنهم الحائض والجنب وأهل الذمة[5] . والذمي والمشرك نجس لقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُواْ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَـٰذَا ﴾[6].

٥- أن المساجد إنما بنيت للعبادة لا للقضاء ، ويدل على ذلك قول رسول الله

= والحديث أخرجه (ابن ماجه/ المساجد والجماعات/ باب ما يكره في المساجد/ ح٧٥٠) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج٨ص١٣٢/ ح٧٦٠١) (الهيثمي/ مجمع الزوائد/ ج٢ص٢٦، وقال : فيه العلاء بن كثير، وهو ضعيف ، إلا أن رواية ابن ماجه ليس فيها العلاء) (سنن البيهقي الكبرى/ ج١٠ص١٠٣/ ح٢٠٠٥٥) . وقال فيه ابن الجوزي : هذا حديث لا يصح عن رسول الله ﷺ ، إذ إن فيه العلاء بن كثير وهو متروك (العلل المتناهية/ ج١ص٤٠٢) .

(١) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢٦) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٠٣) (ميارة الفاسي/ شرح ميارة/ ج١ص١٤) .

(٢) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٢٨٥) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٩) (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢١٤) .

(٣) القاضي هو القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهم أجمعين ، قاضي الكوفة ، ولد في صدر خلافة معاوية ، توفي سنة ١١٦هـ ، كان ثقة حافظاً عدلاً مأموناً . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٥ص١٩٦) .

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٩) (ابن حجر/ فتح الباري/ ج١٣ص١٥٦) .

(٥) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢٦) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٢٨٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٩) .

(٦) (سورة التوبة ، آية رقم ٢٨) .

ﷺ حين سمع من ينشد ضالته في المسجد : « إن المساجد لم تبن لهذا ، وإنما بنيت لما بنيت له »[1].

وقد ردّ الفريق الأول على أدلة الشافعية :

أما إن المشرك لا يدخل المسجد لأنه نجس ، فإن نجاسته نجاسة اعتقاد ، والقول بالنجاسة إنما هو على معنى التشبيه[2] . وهذا ردّ الحنفية .

أما ردّ المالكية ؛ فقالوا : بأنه يقضي في رحبة المسجد لا في نفس المسجد . وهو أولى وأورع، خوفاً من التشويش والمشاغبة[3] .

وذكروا أن سحنون اتخذ بيتاً في المسجد الجامع ليقضي فيه [4].

وكان هذا رد المالكية كذلك بالنسبة للحائض . أما عند الحنفية فقالوا : إنها تخبر بحالها ليخرج إليها القاضي أو يرسل نائبه فتقطع خصومتها في باب المسجد [5].

الرأي المختار :

والذي يظهر لي من جملة الأدلة والمناقشات السابقة أمور عدة :

١- أن القضاء في المسجد لا يراد لذات المسجد ، إذ لو كان كذلك لورد

---

(١) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٢٨٥) .

والحديث (أخرجه مسلم/ المساجد/ باب النهي عن نشد الضالة في المسجد/ ح٥٦٩) (ابن ماجه/ المساجد والجماعات/ باب النهي عن نشد الضوال في المسجد/ ح٧٦٥) (أحمد/ عن بريدة بن الحصيب/ ح٢٢٥٣٥) (صحيح ابن خزيمة/ ج٢ص٢٧٢/ ح١٣٠١) (صحيح ابن حبان/ ج٤ص٥٣٠/ ح١٦٥٢).

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٢) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٨) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص ١٥٧) .

(٣) (الباجي/ المنتقى/ ج٥ص١٨٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٢) .

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٢) (الباجي/ المنتقى/ ج٥ ص١٨٢) .

(٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٢) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٢٠) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٧) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٨) .

النص عليه بآية أو سنة شأن كل العبادات ، ولم يوجد .

ثم لو كان لذاته لمنع القائلون بجواز القضاء فيه الخروج عنه ، إلا أنهم أجازوا الخروج في حالات معينة ، كالذمي والحائض .

إذاً القول بالقضاء في المسجد لغير ذات المسجد ، فالمعنى فيه ليس تعبدياً لا يدرك ولا يقاس عليه ، بل مما يمكن إدراكه والقياس عليه ، ولذلك التمس القائلون بجواز القضاء فيه معان يمكن القياس عليها ، مثل قولهم إنه أقرب على الناس ، وإنه أسهل للوصول إليه ، وإنه أنفى للتهمة عن القاضي ،. وهذا يعني أن توفر هذه الصفة في غيره مؤذن بجواز القضاء فيه .

٢- أن القضاء في الإسلام لا يتقيد بالمكان من حيث الأصل ، إلا إذا خصصه الإمام بمكان ومنعه من القضاء خارجه ، فيصح المنع منه والتخصيص .

وبناء على هذا الأصل أجاز العلماء القضاء في الطريق وفي الدار وفي المسجد بضوابط تقدم ذكرها بداية الفرع . وهذا ما كان على عهد رسول الله ﷺ وعهد الخلفاء الراشدين ، فكانوا يقضون في المسجد وفي البيت وفي الطريق وغير ذلك .

٣- أن اختلاف المكان لا يعني شيئاً بالنسبة للأحكام ونفاذها ، فإن قضى في المنزل أو المسجد أو الطريق ولم يكن محدداً بمكان منها ، فإن أحكامه تنفذ وإن لم تستوف هذه الأحكام الصفات المرغوبة في مجلس القضاء .

٤- أن تحديد مجلس القضاء مما يتأثر بالزمان والمكان ، فما يكون صالحاً لزمان قد لا يصلح لغيره ، وما يصلح لمكان قد لا يصلح لغيره .

٥- أن موطن الخلاف بين الفريقين هو في اتخاذ المسجد لهذه الغاية ، أما إن وافق وجود القاضي مع الخصوم في المسجد فحكم بينهما دون اتخاذ للمسجد داراً للحكم فجائز عند الطرفين .

وفي تحرير الأصوب من القولين ، أجد أن أدلة الفريق الأول تدل على الجواز ولا تدل على الاتخاذ ، وخصوصاً الأدلة النقلية ، وهي صحيحة في الجملة ، إلا أن أقصى ما تدلّ عليه هو جواز القضاء في المسجد ، وليس اتخاذه مكاناً للقضاء .

ويدل على ذلك كذلك أن الجمهور القائل بجواز القضاء في المسجد استثنوا منه ما ذكره الشافعية ؛ فقالوا : إن الخصمين إن كان أحدهما ذمياً أو امرأة حائضاً فيقضي في رحبة المسجد وليس في داخله ، فصاروا إلى قول الشافعية في ذلك .

ثم إن الزمان الذي كان فيه النبي ﷺ والخلفاء الراشدون من بعده يختلف عن الأزمنة التالية ، فإن عدد القضايا التي كانت ترد على رسول الله ﷺ قليل وعزيز جداً ، وكذا في عهد الخلفاء الراشدين ، فعندما ولي عمر رضي الله عنه القضاء لأبي بكر رضي الله عنه مكث سنة لم يجد خصمين .

فنقول إن كان عدد القضايا بمثل هذه الحدود فلا بأس باتخاذ المسجد داراً للقضاء ، وهو الأولى والأحسن للاتباع . أما إن لم يكن فلا بد من مكان آخر حفاظاً على المساجد .

ويكفي أن يلقي المرء نظرة واحدة على المحاكم ويتصور الذي يجري فيها يقع في المساجد ليعلم قدر الفساد الذي يجره على المساجد بقوله باتخاذ المساجد دوراً للقضاء .

ومما يجدر ملاحظته أن قضاء النبي ﷺ في المسجد كان الأولى والأنسب ؛ لأن المسجد هو المكان الوحيد الذي يحقق المعاني المطلوبة والمرغوبة في مجلس القضاء الواردة في مقدمة هذا الفرع ، سواء من اتساع أو تيسير على الناس ، أو اشتهار ، أو عموم دخول فيه ، أو توسط ، أو انعدام تهمة -وإن كانت غير متصورة في حقه ﷺ- أو غير ذلك من الصفات .

وهو المكان الوحيد الذي له صفة العموم مما يعتبر من أملاك الدولة ، ومثله بيت المال . أما ما عداها فكانت مرافق خاصة .

وحتى أن البعض يؤكد أن القضاء في عهد رسول الله ﷺ لم يكن داخل المسجد ، وإن حصلت بعض الصور داخله ، إلا أن النبي ﷺ كان يقضي خارجه وفي رحبته .

يقول ابن فرحون نقلاً عن ابن حبيب : « وما كان من مضى يجلسون إلا في رحاب المسجد خارجاً منه ، إما عند موضع الجنائز -يريد بالمدينة المنورة- وهو الآن

الموضع المعروف بمصلى الجنائز خارج باب جبريل ، وإما في رحبة دار مروان وهي التي تسمى رحبة القضاء . وقد جعل ذلك في هذا الوقت ميضأة[1] ، وهي على باب السلام »[2].

ولذلك كان الأنسب والأولى تخصيص القضاء بدار خاصة ، فإن اتساع خطة القضاء في هذا الزمان يؤكد على ضرورة ذلك ، فالقضاء يحتاج إلى موظفين من الأعوان وغيرهم ، وإلى مستلزمات لعملية القضاء من مكاتب وخزائن لحفظ السجلات والقيود ، ولو وجدت هذه في المساجد لخرجت المساجد عن صورتها الموضوعة لها ، والتي بنيت لأجلها ، وهي العبادة .

أما قول الجمهور : إن القضاء عبادة كالصلاة ، فليست كل عبادة لائقة بالمسجد ، وخصوصاً أن في القضاء خصومة ونزاعاً وجدالاً وصخباً ، كما ذكر الشافعية .

أما المعنى المتحصل من القضاء في المسجد من هيبة لله سبحانه وتعالى تدفع الشاهد لقول الصدق ، فإن هذا مما يمكن الحصول عليه بغير اتخاذ المساجد داراً للقضاء ، كأن نحلفه اليمين في المسجد ، وهذا من تغليظ اليمين بالمكان ، وسيأتي ذكره في المبحث القادم إن شاء الله تعالى .

واعتباراً بما سبق ، أخذ فريق من العلماء بقول يجمع بين هذين القولين ، بأن يتخذ القاضي داراً للقضاء قرب المسجد تحقيقاً للمعاني المطلوبة في المسجد وابتعاداً عن المعاني المرهوبة من القضاء فيه[3] .

---

(١) الميضأة : المطهرة ، وهي التي يتوضأ منها، أي : الإداوة فيها ماء يتوضأ به، أو فيها ، أي: الموضع الذي يتوضأ فيه ، وهو المقصود هنا. (ابن منظور/لسان العرب/ج١ص١٩٥) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج١ص٣٩) .

(٣) منهم ابن حبيب من المالكية . انظر (مياره الفاسي/ شرح مياره/ج١ص١٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج١ص ٣٩) (المواق/ التاج والإكليل/ج٨ص١٠٤) .

وهذا هو ما أيده أستاذنا الدكتور محمد نعيم ياسين فيما ذهب إليه في رسالته (نظرية الدعوى . انظر ص٢٠٩) .

فيحدد ولي الأمر القضاء بمكان فلا يخرج عنه حتى تؤدي قواعد التقاضي عملها على أكمل وجه ، فلا يعقل أن يلحق الكاتب والمزكي بالقاضي تارة في داره وتارة في مسجده ، وتاره في مجلسه ، ليؤدوا أعمالهم فيما يوكل إليهم .

ولا بد في مكان القضاء أن يكون معلوماً للجميع حتى يأتوه ، فإن القاضي يأتيه المتخاصمون ولا يذهب هو إليهم ؛ لقول سيدنا عمر رضي الله عنه : « في بيته يؤتى الحكم » ، فعندما تخاصم مع أبيّ بن كعب عند زيد بن ثابت رضي الله عنهم أجمعين ، أتياه فضربا عليه الباب ، فخرج زيد ، فقال : يا أمير المؤمنين ، ألا أرسلت إليّ حتى آتيك ؟! فقال له عمر رضي الله عنه : « في بيته يؤتى الحكم »[1]. وهذا فيه دلالة على أن القاضي يؤتى ولا يأتي . وهذا القول من الأمثال القديمة[2] ، فليس المقصود منه ذات البيت ، وإنما المقصود أن القاضي حيث يكون فالمتخاصمون يأتون إليه ولا يأتيهم هو .

ومما يدل عليه كذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ ﴾[3]. قال المفسرون : « دلّ على أن الشاهد هو الذي يمشي إلى الحاكم ، وهو أمر بني عليه الشرع ، وعمل به في كل زمان ومكان ، وفهمته كل أمة »[4].

---

(١) (سنن البيهقي الكبرى/ج١٠ص١٤٤/ح٢٠٢٩٧/ج١٠ص١٣٦/ح٢٠٢٥٠) (ابن حزم/ المحلى/ج٩ ص٣٨١) (ابن قدامة/ المغني/ج١٠ص١٢٠) (ابن حجر/ تلخيص الحبير/ج٤ص١٨٦) .

(٢) ذكرت العرب أنه مما ورد على ألسنة البهائم : أن الأرنب التقطت تمرة فاختلسها الثعلب فأكلها ، فلطمه الأرنب، فانطلقا يختصمان إلى الضب ، فقالت الأرنب : يا أبا الحسل ، فقال : سميعاً دعوت ، قالت : أتيناك لنختصم إليك ، قال : عادلاً حكمت ، قالت : فاخرج إلينا ، قال : في بيته يؤتى الحكم، قالت : إني وجدت تمرة ، قال : حلوة فكليها، قالت : فاختلسها الثعلب ، قال : لنفسه بغى الخير ، قالت : فلطمته ، قال : بحقك أخذت ، قالت : فلطمني ، قال : حر انتصر ، قالت : فاقضي بيننا ، قال: قد قضيت . فذهبت أقوالها كلها أمثالاً .

انظر : (النيسابوري/ مجمع الأمثال/ ج٢ص٧٢) (العسكري/ جمهرة الأمثال/ ج١ص٣٦٨) (الزمخشري/ المستقصى من أمثال العرب/ج٢ص٦١) .

(٣) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٨٢) .

(٤) (القرطبي/ تفسير القرطبي/ ج٣ص٣٩٩) .

أما وقت القضاء :

فقد جعل العلماء للوقت كذلك ضوابط كما يستشف من أقوالهم ، ومن هذه الضوابط:

١ – أن يكون جلوسه للقضاء في أوقات معلومة[١] .

وله أن يجلس طرفي النهار ، أو ما طاق من ذلك .

وطرفي النهار أولى لعدّة اعتبارات كما ذكر المالكية ، فإن القضاء عبادة ، ويقول تعالى : ﴿ وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ طَرَفَيِ ٱلنَّهَارِ ﴾[٢]، فمن باب التشبه بالصلاة . ثم لأن اعتدال حال المرء يكون في طرفي النهار عادةً ، أو ما طاق من ذلك ؛ لأن الطاعة بحسب الطاقة[٣] .

وهذا القياس على الصلاة مع الفارق ، لقوله تعالى بعد الآية التي استشهدوا بها: ﴿ وَزُلَفًا مِّنَ ٱلَّيۡلِ ﴾[٤] ، إلا أنهم ذكروه على سبيل الاستئناس لا على سبيل الاستدلال .

٢ – ألا يستغرق الجلوس للحكم أوقاته كلها ، حتى يكون كالمستأجر[٥] .

ولا يتعب نفسه في طول الجلوس ؛ لأنه بذلك يزول حال الاعتدال عن القاضي ، وربما يضجر بسببه على بعض الخصوم .

ويقول سيدنا علي كرّم الله وجهه : « إن النفس تمل كما تمل الأبدان ، فابتغوا

---

(١) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٠٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٠) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ ص١٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٧٩، ٨٠) .

(٢) (سورة هود ، آية رقم ١١٤) .

(٣) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص١٤) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٠٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٤٠) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٨٠) .

(٤) (سورة هود ، آية رقم ١١٤) .

(٥) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص١٤) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥٢) .

لها طرائف الحكمة »[1].

وقد كان ابن عباس رضي الله عنهما إذا ملَّ من بيان أنواع العلم قال لأصحابه : أحمضوا، أي خوضوا في ديوان العرب ، فتذكروا شيئاً من الملح[2] .

ونقل عن مالك أنه قال لرجل كان يلي أمر السوق بالمدينة ، وكان يقضي بين الناس : لا تكثر فتخطئ ، واجعل لجلوسك للقضاء ساعات يعرفها الناس منك ، فيأتوك فيها ، وخفف عن نفسك بالنظر في غير ذلك[3] .

٣- ألا يجلس بين المغرب والعشاء ، فإن القضاة لم يفعلوه ، إلا أنه يمكنه أن يأمر وينهى فيه ، وله أن يرسل الشرطي ، أما الحكم فلا[4] .

ولا أن يبتكر للخصومة قبل طلوع الشمس ، فقد كان شريح رحمه الله إذا ابتكروا قبل حضوره ، قال : أتتظلمون بالليل ، فعرفنا أن ذلك غير محمود للقاضي[5] .

وأجاز أشهب جلوسه بين المغرب والعشاء ، وبعد أذان الظهر ، وبعد صلاة الصبح ما لم يكن مجلساً يجبر عليه العامة[6] .

٤- ألا يجلس في أيام العيد وعند خروج الحاج وما أشبه ذلك ، وعند المطر

---

(١) وقد رواه البعض عن رسول الله ﷺ ، وهذا خطأ ، وإنما هو عن علي كرم الله وجهه . (البغدادي/ الجامع لأخلاق الراوي وآداب السامع/ج٢ص١٢٩/ح١٣٨٩) (السمعاني/ أدب الإملاء والاستملاء/ ص٦٨) (السيوطي/ تدريب الراوي/ج٢ص١٣٨) (المناوي/ فيض القدير/ج٤ص٤١) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ج٦ص٣٠٣) (السرخسي/ المبسوط/ج١٦ص٧٩، ٨٠) (المناوي/ فيض القدير/ج٤ص ٤٥٩) (صديق البخاري/ أبجد العلوم/ج١ص٣٣٨) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج ١ص٤٨) .

(٤) (مياره القاسي/ شرح مياره/ج١ص١٤) (السرخسي/ المبسوط/ج١٦ص٨٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج١ص ٤٠) .

(٥) (السرخسي/ المبسوط/ج١٦ص٨٠) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥٢) .

(٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج١ص٤٠) .

والطين والوحل[1] . وجامعها عموم ما يحدث من سرور أو ضرر[2] .

أما يوم الجمعة فقال البعض لا بأس أن يترك النظر فيه[3] .

وقال البعض إنه مما ينبغي له أن لا يفرد لنفسه يوماً في الجمعة لا يقضي فيه ؛ لأن ذلك ليس له ، لتعلق حقوق الناس به ، إلا لعذر[4] .

٥- ألا تكون الأوقات التي يجلس فيها ، فيها تضييق على الناس أو ضرر عليهم[5] .

الفرع الثاني : علانية المحاكمة :

ذكرنا من شروط المجلس أن يكون مأذوناً فيه للناس على العموم[6] .

وهذا يشمل ما إذا كان الداخل طرفاً في الخصومة أو لم يكن ، ونص الفقهاء على أنه يأذن للناس على العموم ولا يمنع أحداً ؛ لأن لكل أحد حقاً في مجلسه[7] .

وأنه يجب الا يكون على بابه حاجب أو بوّاب[8] لمنع الناس من الدخول ، وهذا إن كان لمجرد المنع ، ويجوز إذا كان المنع لأجل الترتيب ، وعدم تشويش

---

(١) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص١٤) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥١) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص ١١٤) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٠٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٠) (الدردير/ الشرح الكبير/ ج٤ص١٣٨) .

(٢) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١١٤) .

(٣) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١١٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٠) .

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٩) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥١) .

(٥) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص١٤) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٠٤) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥٢) .

(٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٧) .

(٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٢) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٧) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٢٠) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٢٣) .

(٨) (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢١٤) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٢) .

القاضي ، كما سيأتي في أعوان القضاء .

وأنه يجب في المجلس أن يكون في أشهر الأماكن ومجامع الناس [1].

وأنه يجوز القضاء في المسجد عند العلماء ، واختلفوا في الاتخاذ .

كل ذلك يؤكد أنه لا سرية في المحاكمات الشرعية الجزائية وغير الجزائية .

وقد وردت أحكام عند الفقهاء تدل على أنه لا يكتفى بعدم سرية المحاكمة ، بل لا بد من علانيتها ؛ ومنها :

١- نص الفقهاء على أن القاضي لا يجلس وحده ، سواء أقضى في مجلسه أم في داره [2] ؛ وذلك لأن جلوسه وحده تهمة [3] .ونصوا على أنه يجلس معه في داره من يجلس معه في المجلس [4] .

وحدّدوا مهمة من كان يجلس معه ، وفائدة جلوسه ، فقالوا : إن ذلك لإثبات حكم القاضي لدى الإيجاب ، فيكون شهود منهم عند اللزوم [5] .

٢- أن الفقهاء ندبوا للقاضي أن يشاور بصورة عامة ، وفي بعض الحالات أوجبوا المشورة ، كما لو أشكل الحكم على القاضي . ثم إن المشاورة في صورتها عند الفقهاء تقتضي حضور المستشار لجلسات الحكم ، ذلك أنهم نصوا على أنه لا

---

(١) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢٦) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٧) (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢٣٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٨) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٠٣) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٢٨٥) (الزيلعي/ تبيين الحقائق /ج٤ ص١٧٨) .

(٢) وهذا إن لم يقيده ويخصصه الإمام بمكان معين، فعندها لا يصح قضاؤه في بيته ولا في أي مكان خارج المخصص.

(٣) (الزيلعي/ تبيين الحقائق /ج٤ص١٧٨) .

(٤) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٧) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٢٠) (الزيلعي/ تبيين الحقائق /ج٤ ص١٧٨) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٢٣) .

(٥) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٢٣) .

يقيمهم من مجلسه إلا عند المشاورة ، فلا يشاورهم أمام الناس عند إصدار الأحكام ، وذلك حفاظاً على سمعته وخوفاً من اتهامه بالجهل . وقد سبق إيراد ذلك في مطلب الشورى في القضاء[1] .ومن الأدلة التي سبق إيرادها ، أن عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربعة من الصحابة[2] ، وكذلك مشاورات سيدنا عمر رضي الله عنه العديدة[3] .

« وهذا النوع من العلانية والمراقبة أجدى نفعاً من مراقبة العوام ، فإن اللحن في الحجج والالتواء في الاستنتاج غدا في أيامنا هذه أيسر طرقاً وأوسع مجالاً وأكثر وسائل من أي وقت مضى ، خصوصاً بعدما أصبحت مهنة المحاماة من أربح المهن ، ولم يعد الهدف المقصود بها إظهار الحق وإزهاق الباطل ، وإنما جمع الأموال وكسب الشهرة ولو أدى ذلك إلى عكس المقصود بالقضاء وهو حماية الحقوق وردها إلى أهلها، وإن إتاحة الفرصة للعلماء من الأمة لمراقبة القضاة والمحامين أفضل من مراقبة الناس كافة ؛ فهم أقدر من غيرهم على اكتشاف أغراضهم وفنونهم في الالتواء والتأويل »[4] .

ومفهوم علانية المحاكمة أصبح يعني في العصر الحاضر : أن يتم نظر الدعوى والمرافعة فيها في جلسات مفتوحة للجميع ، يكون لكل شخص الحق في حضورها ، وأن يصدر الحكم في جلسة علنية ، وأن يسمح بنشر ما يحدث في الجلسات من مناقشة ، وأن يسمح بنشر الأحكام التي تصدر[5] .

والمقصود من ذلك ضمان حق الناس في الاطلاع على ما يدور داخل المحاكم ،

---

(١) انظر ص

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣) .

(٣) انظر تلك المشاورات ص

(٤) (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص٤٥٢) .

(٥) انظر (حامد أبو طالب/ التنظيم القضائي الإسلامي/ ص٤٩) (جمال المرصفاوي/ نظام القضاء في الإسلام/ ص ١١١) (عبد المنعم جيره/ نظام القضاء في المملكة/ ص١٢١) .

وذلك لبعث الطمأنينة في نفوس الناس على عدالة القضاء ، ولحث القضاة على الاهتمام والعناية بأعمالهم . ومن حيث المبدأ فإن الشريعة تقر هذا كله ، وتسمح به وتندب إليه ، وفي بعض الحالات توجبه .إلا أن ضمانة العدالة في الشريعة لا تقف عند هذا المبدأ كما هو حال القانون الوضعي في أغلب الأحيان[1] .

فالقانون الوضعي يتفاخر بالعلانية في الجلسات ، وينسى أن القاضي ليس بعدلٍ ، والمحامي ليس بثقة ، والخصوم سحبت الأمانة من قلوبهم ، ونزلت في جذر قلوبهم ، ثم يتباهى بالشفافية وعلانية المرافعة .

وهذا ما يؤكد ما ذكرناه بداية الرسالة من أن إصلاح جزء من النظام لا يعني صلاح النظام كله ، فإذا أردنا للنظام أن يؤدي دوره على أكمل وجه فلا بد من تظافر عدة جهات منها الاقتصاد والتربية والموعظة والجو الإسلامي الذي يحث على الخير وينبذ فاعل السوء ، وكلها عوامل تؤيد وجود وحصول القضاء العادل .

ولو تجاهلنا ذلك كله واعتمدنا على العلنية في المرافعات لوصلنا إلى ما نحن فيه ؛ أحكام يتلاعب بها ويستهزأ بها على عقول الناس تحت اسم العلانية ، وعامة الناس لا يفقهون من أمور القانون وخفاياه شيئاً .

أما في الشريعة ، فضمانة العدل لا تقف عند هذا المبدأ -وإن كان هذا المبدأ هاماً في وجوده- وإنما تعدّته إلى ما هو أبعد أثراً وأعمق تأثيراً . ويكفينا أن ننظر إلى الشروط التي اشترطها العلماء في القاضي -باعتباره أساس عملية التقاضي- ، وكم شدد الفقهاء فيها خوفاً من الجور ، واشتراط التشاور مع العلماء فيما يشكل على القاضي . كل ذلك جعل القاضي يضرب أروع الأمثلة فيما مضى من حيث العدالة والنزاهة .

أما في عصرنا الحاضر ، فالعدول قلة ، والثقات أقل ، والعدالة نائمة ، والنزاهة في غفوة، ومن الناس من يقول لعن الله من أيقظها . على الرغم من أن

---

(١) ذلك أن هناك ضمانات أخرى للعدالة ، إلا أن أبرزها هو العلانية .

العلانية مقررة ومنصوص عليها في بنود القانون .

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على ضمان مبدأ العلانية، حيث ورد في المادة (١٨١٥): « يجري القاضي المحاكمة علناً ، ولكن لا يفشي الوجه الذي سيحكم به قبل الحكم »[1].

وقال شارحها : « يجري القاضي المحاكمة بين الخصمين علناً ، أي أنه لا يمنع الأشخاص الذين يحضرون المحاكمة لسماعها من الحضور »[2].

إلا أن مبدأ العلانية هذا قد تستثنى منه حالات -بحسب مفهومه الذي تم ذكره- ، من هذه الحالات :

١- أن يكون أحد أطراف النزاع امرأة لا تظهر على الرجال ، وهي المرأة المخدّرة .

٢- أن يكون للقضية آثار سيئة في علانيتها على الأسرة ، أو على الأطفال أصحاب العلاقة في المحاكمة ، مستقبلاً[3] .

٣- أن يكون لها آثار سيئة على المجتمع ، كالأمور الخادشة للحياء العام التي تتأذى منها الفضيلة[4] .

٤- أن يكون في الإعلان أثرٌ سيئٌ على الدولة بما يمس أمنها وسلامتها . وعندها يتجاوز الضرر من علانيتها الضرر من سريتها ، وبموازنة الضررين ندفع أعظمهما بارتكاب أخفهما .

إلا أن ذلك لا يعني السرية التامة ، وإنما المقصود منه منع العوام من الدخول دون أهل الاستشارة من العلماء ، وكذلك الشهود على ما يحصل في المحكمة ، وكذلك لا يمنع من تدوين وتسجيل ما فيها لحين الحاجة .

---

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٢٣) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) (عبد المنعم جيره/ نظام القضاء في المملكة/ ص١٢١) .

(٤) (عبد المنعم جيره/ نظام القضاء في المملكة/ ص١٢١) .

ثم إن السرية قد لا تشمل كل جلسات المحاكمة ، وإنما قد تتعلق السرية بجلسة أو اثنتين ، ويشار إلى ما جرى فيهما بعد ذلك بالأرقام والرموز دون تفصيله أمام الجمهور ، فيقال : الدليل الأول والدليل الثاني ، أو الواقعة الأولى ، أو الحادث الأول ، وهكذا . مما يبقي السرية في إطار الحاجة إليها فقط .

ويمكن إضافة مبدأ شفوية المرافعة إلى مبدأ العلانية ، بأن يطرح المدعي مرافعته ومطالبته وأدلته شفوياً وكذلك المدعى عليه ، ويقصد منه كذلك تحقيق العدالة ونفي التهمة ، ومثله قول الفقهاء : إن الشاهد لا تقبل شهادته على خطه في إفادته ، بل لا بد من تصريحه بما شهد به[1] . وهذا موافق للمصلحة الشرعية .

وفي حال انتفاء المصلحة واستحباب أن تكون المرافعة مكتوبة ، لا يمنع المستشارون من النظر فيما كتب ، تحقيقاً للنزاهة وضماناً للعدل .

وقد أخذت الأنظمة التي تطبق الشريعة في أحكامها الجزائية بالعلانية ، ونصت على حالات تكون فيه المحاكمة سرية وفق شروط محددة ؛ كما في المملكة العربية السعودية[2] ، والإمارات العربية المتحدة ، حيث نص قانون الأخيرة على أن محاكمة الحدث تكون سرية لا علنية[3] .

الفرع الثالث : تسهيل التقاضي :

من مبادئ القضاء -بشكل عام- في الإسلام تسهيل التقاضي ومنع التعقيد ونفيه .

ومن خلال ما عرفناه في مجلس الحكم ، وجدنا العلماء نصوا على أن يكون في مكان يسهل على الناس الوصول إليه دون مشقة[4] ، ولذلك ذكروا المسجد لأنه

---

(١) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٣٨٥) .

(٢) (عبد المنعم جيره/ نظام القضاء في المملكة/ ص١٢٥) .

(٣) (حسن الحمادي/ قضاء الحدود والقصاص والدية/ ص٤١٥) .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٢) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢٦) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٢٨٥) (الباجي/ المنتقى/ ج٥ص١٨٢) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ ص١٧٨) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٠٣) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ ص٣٢٠) .

الأسهل ، ولأن السنة وردت به ، وأنه إذا لم يكن الوصول و التعرف إليه سهلاً ، فلا يقضي فيه ، كما لو كان بطرف البلد .

ومن خلال وقت الجلوس للحكم ، بأن يكون معلوماً[1] ، وألا يكون في أوقات يضيق فيها الحال على الناس[2] ، كأيام العيد أو دخول الحاج وخروجه[3] ، أو يوم طين ووحل ومطر[4]، نعلم أن تسهيل التقاضي أمر مطلوب شرعاً .

ومن الصور التي نص عليها العلماء لتسهيل التقاضي ما يلي :

١ - أوجب العلماء على المحتسب أن ينكر على القضاة إن احتجبوا عن الخصوم أو قصّروا في النظر في أمورهم[5]. وعدّوا ذلك من مهام المحتسب .

يقول الإمام الماوردي في ذلك : « وإذا كان في القضاة من لا يجيب الخصوم إذا قصدوه ويمتنع من النظر بينهم إذا تحاكموا إليه ، حتى تقف الأحكام ويستضر الخصوم ، فللمحتسب أن يأخذه مع ارتفاع الأعذار بما ندب له من النظر بين المتحاكمين وفصل القضاء بين المتنازعين. ولا يمنع علو مرتبته من إنكار ما قصر فيه ، وقد مرّ إبراهيم بن بطحاء[6] والي الحسبة بجانبي بغداد بدار أبي عمر بن حماد[7] ، وهو يومئذ قاضي القضاة ، فرأى الخصوم جلوساً على بابه ينتظرون جلوسه للنظر

---

(١) (ميارە الفاسي/ شرح ميارە/ ج١ص١٤) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٠٤) .

(٢) المرجعين السابقين .

(٣) المرجعين السابقين .

(٤) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ص١٤٨) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٠٤) .

(٥) (الهيثمي/ الزواجر عن اقتراف الكبائر/ ج٢ص٢٧٩) .

(٦) إبراهيم بن بطحاء : هو إبراهيم بن محمد بن علي بن بطحاء المحتسب ، ويكنى أبا إسحاق . انظر (المديني/ نزهة الحفاظ/ ص٤٣، ١٠٣) .

(٧) أبو عمر بن حماد : أبو عمر محمد بن يوسف بن يعقوب بن إسماعيل بن عالم البصرة حماد بن زيد ، ولد في البصرة ٢٤٣هـ، كان عاقلاً حكيماً وحليماً لشدة حلمه، يقال : لو أني أبو عمر القاضي ما صبرت. (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج١٤ص٥٥٦) .

بينهم ، وقد تعالى النهار[١] وهجرت الشمس[٢] ، فوقف واستدعى حاجبه وقال : تقول لقاضي القضاة الخصوم جلوس على الباب ، وقد بلغتهم الشمس ، وتأذوا بالانتظار ، فإما جلست لهم ، أو عرفتهم عذرك فينصرفوا ويعودوا »[٣].

ومما يستدل لذلك قول رسول الله ﷺ : « من ولاّه الله شيئاً من أمور المسلمين فاحتجب دون حاجتهم وفقرهم ، احتجب الله دون حاجته » ونحوه عند الترمذي : « ما من إمام يغلق بابه دون ذوي الحاجة والخلة والمسكنة ، إلا أغلق الله تعالى أبواب السماء دون خلته وحاجته ومسكنته »[٤].

٢- نص العلماء على أنه يجب على الإمام أن ينصب قضاة على الكور[٥] فيما دون مدة السفر احترازاً عن مشقة الإعداء[٦] .

٣- منع العلماء تأخير القضية بلا سبب وبلا عذر[٧].

بل واعتبره البعض مقصداً من مقاصد الشريعة ، أن يتم التعجيل بإيصال

---

(١) تعالى النهار: إذا ارتفع، أي صارت الشمس مرتفعة، وهو وقت الضحى. (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٤ص٤٧٥) .

(٢) هجرت الشمس : إذا انتصف النهار ، وهو كناية عن شدة الحر . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٥ ص٢٥١) .

(٣) (الماوردي/ الأحكام السلطانية ص٣١٩، ٣٢٠) .

(٤) (الترمذي/ الأحكام/ باب ما جاء في إمام الرعية/ ح١٣٣٢، ١٣٣٣) (أبو داود/ الخراج والإمارة والفيء/ باب فيما يلزم الإمام من أمر الرعية/ ح٢٩٤٨) (الحاكم/ المستدرك/ ج٤ص١٠٦/ ح٧٠٢٨) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج٢٢ص ٣٣١/ ح٨٣٢) (أحمد/ عن عمر بن مرة/ ح١٧٥٧٢، ٢١٥٧١) (الخلال/ السنة/ ج٢ص٤٤٩/ ح٦٩٥) (مسند أبي يعلى/ ج٣ص١٣٤/ ح١٥٦٥، ١٥٦٦) (مسند عبد ابن حميد/ ص١١٩/ ح٢٨٦) (الصنعاني/ سبل السلام/ ج٤ص ١٢٣) (المناوي/ فيض القدير/ ج٥ ص٤٧٠).

(٥) الكور : جمع كورة ، وهي القرية أو المدينة أو الصقع . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٥ص١٥٦) .

(٦) الإعداء : أي طلب العداوة، أو طلب إزالتها، ومنه: استعدى عليه، أي استعان بالسلطان فأنصفه . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٥ص٣٩) .

(٧) (الماوردي/ الأحكام السلطانية ص٩٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٨١) .

الحقوق لأصحابها ؛ لأن الإبطاء في إيصال الحق إلى صاحبه عند تعينه بأكثر مما يستدعيه تتبع طريق ظهوره يثير مفاسد كثيرة ؛ منها حرمان صاحب الحق من الانتفاع بحقه ، وذلك إضرار به ، ومنها إقرار غير المستحق على الانتفاع بشيء ليس له ، وهو ظلم للمستحق ، ومنها استمرار المنازعة بين المحق والمحقوق ، وفي ذلك فساد حصول الاضطراب في الأمة ، ومنها تطرق التهمة إلى الحاكم في تريثه بأنه يريد إملال المحق حتى يسأم متابعة حقه فيتركه ، فينتفع المحقوق ببقائه على ظلمه ، فتزول حرمة القضاء من نفوس الناس ، وزوال حرمته من النفوس مفسدة عظيمة[1] .

ولذا قال العلماء : « القاضي بتأخير الحكم يأثم ويعزل ويعزر »[2] .

بل زاد البعض في ذلك أنه إذا أخّر القضاء بعد إقامة البينة يفسق ، وإن أنكره يكفر[3] .

ونصت مجلة الأحكام العدلية : « وينبغي للقاضي أن لا يوقع الأمور في عقدة التأخير »[4] .

أما إذا كان التأخير لأسباب معقولة ، فإنه يقبل ؛ كرجاء الصلح بين الأقارب[5] ، أو استمهال المدعى عليه لغرض إحضار حجته[6] ، أو أن يكون التأخير للتشاور عند اشتباه الأمر[7] .

فقد روي أن عمر رضي الله عنه كانت ترفع إليه القضية وربما يتأمل في ذلك شهراً ويستشير أصحابه[8] .

---

(١) (ابن عاشور/ مقاصد الشريعة/ ص٣٧٦) .

(٢) ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٨١) .

(٣) المرجع السابق .

(٤) (لجنة المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص٣٦٩) .

(٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٨١) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٨٤) .

(٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٨١) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٨٤) .

(٧) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٨٤) .

(٨) المرجع السابق .

وحديث ابن مسعود رضي الله عنه في المفوضة عندما ردّهم شهراً ، ثم قال : « أقول فيه برأيي ، فإن يك صواباً فمن الله ورسوله ، وإن يك خطأ فمني ومن الشيطان »[1] .

وعلاجاً للتأخير وضع بعض العلماء حلولاً تساعد في رفع التأخير؛ كقول ابن فرحون إن القاضي إذا شعر بأن الخصومة قد طالت وكثر التشغيب فيها فلا بأس للقاضي أن يحرق كتبهم إذا رجا بذلك تقارب أمرهم ، ويفسخ ما بأيديهم من الحجج ويأمرهم بابتداء الحكومة[2] .

وهذا يدل صراحة على أن التطويل في الخصومة ممنوع شرعاً إذا كان لغير عذر أو سبب ؛ ذلك أن الإطالة فيها مشقة على الأطراف مادياً ومعنوياً واجتماعياً ، فهي تديم الخصومة والنزاع بين الطرفين على خلاف ما لو فصل بينهما على عجل ، فقد يكون لمرور الزمن بعد القضاء ما يعيد العلائق .

ثم إن إطالة القضية في المسائل الجزائية قد ينسي المجتمع أثر الجريمة ، ويقلل من حدّتها وبشاعتها ، مما يجعل للقاضي العذر في تسهيل الأحكام وتخفيفها بما لا يحل شرعاً .

ومن مساوئ الإطالة كذلك تيئيس صاحب الحق من الحصول على حقه ، وفيه تشجيع صاحب الجرم على الأمل بالنجاة من فعلته وعواقبها ولو بالتخفيف أو بالتأجيل ، وهذا فيه من الفساد ما لا يخفى على عاقل ، مما يُترك معه التطويل ، ويُمنع لأجله التأجيل .

---

(١) (الآمدي/ إحكام الأحكام/ ج٤ص١٩٣) (ابن الهمام/ شرح فتح القدير/ ج٣ص٣٢٥) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٨٤) .

(الترمذي/ النكاح/ باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها/ ح١١٤٥) (أبو داود/ النكاح/ باب فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات/ ح٢١١٤) (النسائي/ النكاح/ باب إباحة التزوج بغير صداق/ ح٣٣٥٥، ٣٣٥٦، ٣٣٥٨، ٣٥٢٤) (ابن ماجه/ النكاح/ باب الرجل يتزوج ولا يفرض لها فيموت على ذلك/ ح ١٨٩١) (الدارمي/ النكاح/ باب الرجل يتزوج المرأة فيموت قبل أن يفرض لها/ ح٢٢٤٦) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٤٨) .

إلا أن هذه المبررات لا تعني استعجال الأحكام قبل التأكد من أدلتها وبيناتها ، وقد يفوت من الأدلة ما يجعل الحكم الصادر دونها ظلماً ومجاف للعدالة . فالقاضي لا يقضي إلا بعدما يتبين له الحق [1].

فالمقصود أن لا تطول القضية فيملَّ المدعي ، أو تقصر فيضيع حق المدعى عليه.

٤- ومن صور التسهيل أنه ينبغي للقاضي أن يسهل إذن البينات ولا يمطلهم فيتفرقوا ، فيعسر جمعهم ، وربما أدّى ذلك إلى ضجر صاحب الحق ، فيترك حقه أو بعضه بالمصالحة عنه لما يدركه من المشقة . قال ابن سهل : « ولهذا رأيت بعض القضاة يأمر أول جلوسه بإدخال البينة ويسمع منها ... فإذا حضروا آنسهم وقربهم وبسطهم وسألهم عن شهادتهم ، فإذا كانت تامة قيّدها ، وإن كانت ناقصة سألهم عن بقيتها ، وإن كانت مجملة سألهم عن تفسيرها ، وإن كانت غير عاملة أعرض عنها إعراضاً جميلاً ، فأعلم المدعي أنه لم يأت بشيء » [2].

الفرع الرابع : التوثيق بالكتابة [3] :

وهذا الفرع يتناول عملية التوثيق لأحداث المحاكمة ، كتابة وتدويناً ، ويقاس عليها سائر وسائل التوثيق الحديثة .

أما مشروعيته فمأخوذة من نصوص التوثيق العامة الواردة في الشريعة ، ومنها:

قوله تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [4].

---

(١) انظر : (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢٣٢) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٥٤) .

(٣) توجد رسالة جامعية بهذا العنوان للأخ نظار عبد القادر إسماعيل في مكتبة الجامعة الأردنية ، نوقشت عام ١٩٩٣م ، بإشراف : أ.د. محمد نعيم ياسين .

(٤) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٨٢) .

فإن الآية نصت على التوثيق بالكتابة ، دلالة على أهميته في فصل الخصومات والنزاعات ، كما تحدثت عن ذلك آية الدين ، وهي أطول آية في كتاب الله تعالى ، وقد كان موضوعها وسائل الإثبات والتوثيق ؛ فإن كان الأمر كذلك في دين بين اثنين ، فكيف بالحقوق التي هي فوق الديون .

يقول المرحوم عبد القادر عودة حول هذه الآية : « وظاهر من النص الذي فرض الكتابة أنه نص عام ومرن إلى حدٍّ بعيد ، وأنه يصلح للتطبيق اليوم كما كان صالحاً من ثلاثة عشر قرناً، وكما سيكون صالحاً للمستقبل البعيد ، وهذه إحدى مميزات الشريعة التي هيأتها لتكون غير قابلة للتعديل والتبديل ، ويوم نزل هذا النص على رسول الله ﷺ كان العرب أميين يعيشون في أعماق البادية وفي خشونة من العيش ، وأمثال هؤلاء تقل بينهم المعاملات بحيث لا تحتاج إلى تشريع خاص . ولو أن الشريعة كانت كالقانون تأتي على قدر حاجة الناس ، لما جاء بها شيء خاص بإثبات الالتزامات ، أو لجاء بها من الأحكام ما يتفق مع أمية العرب وجهالتهم ، أما أن تجيء الشريعة على هذا الوجه فتفرض على الأميين كتابة الصغير والكبير ، فذلك هو السمو الذي تتميز به الشريعة الكاملة الدائمة »[1] .

وورد في الآية ذاتها الأمر بالكتابة في مواضع مختلفة؛ فقد قال سبحانه وتعالى : ﴿ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ﴾[2]. وفيه أمر لمن تولى كتابة الوثائق بين الناس أن يكتبها بالعدل بينهم .

وقال سبحانه وتعالى : ﴿ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ﴾[3] .

وقد أضاف الله تعالى تعليم ذلك إلى نفسه تعظيماً له[4].

---

(١) (عبد القادر عودة/ التشريع الجنائي الإسلامي/ ج١ص٥٥، ٥٦) .

(٢) (سورة البقرة ، آية ٢٨٢) .

(٣) (سورة البقرة ، آية ٢٨٢) .

(٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج٣٠ص١٦٨) .

وقال سبحانه : ﴿ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ ﴾[1] .

وقال سبحانه : ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ ﴾[2] .

وقد فعل هذا التوثيق رسول الله ﷺ مع العداء بن خالد بن هوذة[3] ، وكان ﷺ يكتب عندما يقلد عماله وولاته[4] ، وكذلك أمر بكتابة الصلح بينه وبين مشركي مكة ، وكذا عهده لنصارى أيلة[5] بخط علي بن أبي طالب رضي الله عنه[6] .

وفوائد هذه الوثائق في الأحكام والمحاكمات عديدة لا تحصى ، عند استكمال شروطها ومنها :

١- أنها تصبح حجة فيما كتبت فيه لا يحتاج معها إلى غيرها في إثبات ما أثبتته، وبها تقطع الخصومة [7].

٢- أن القاضي يسترشد بها في المحاكمة كل وقت وكل حين ، وهذا مما يعينه

---

(١) (سورة البقرة ، آية ٢٨٢) .

(٢) (سورة البقرة ، آية ٢٨٢) .

(٣) كتب فيه النبي ﷺ بواسطة كاتبه : « هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله ﷺ ، اشترى منه عبداً أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة ، بيع المسلم من المسلم » . (السرخسي/ المبسوط/ ج٣٠ص١٦٩) .
(ورواه البخاري/ الحيل/ باب احتيال العامل ليهدى له/ ح٦٩٨٠ ، معلقاً) (الترمذي/ البيوع/ باب ما جاء في كتابة الشروط/ ح١٢١٦) (ابن ماجه/ التجارات/ باب شراء الرقيق/ ح٢٢٥١)

(٤) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ص٣٤٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج٣٠ص١٦٨) .
ومنها أنه ﷺ كتب لعمرو بن حزم لما بعثه إلى اليمن . (النسائي/ القسامة/ باب عقل الأصابع/ ح٤٨٤٦) .

(٥) أيلة : مدينة على ساحل بحر القلزم مما يلي الشام ، وهي مدينة صغيرة عامرة بها زرع يسير (العقبة) . (الحموي/ معجم البلدان/ ج١ص٢٩٢) .

(٦) (حاجي خليفة/ كشف الظنون/ ج٢ص١٠٤٦) (صديق البخاري/ أبجد العلوم/ ج٢ص٣٤٠) .

(٧) (السرخسي/ المبسوط/ ج٣٠ص١٦٨) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٧) .

على إصابة الحق في حكمه ؛ فبواسطتها يعرف أطراف القضية ، ويطلع على تاريخهم في المنازعات إن كانوا كثيري الخصومة أم ليسوا كذلك ، أو أنهم من أرباب الجنايات والسوابق ، ويعين كذلك في معرفة من كثر لدده وتمرده ، والعديد من المواصفات والمعلومات المسبقة التي توضح جزءاً هاماً من القضية بالكشف عن أطرافها بمعرفة أحوالهم .

وفي ذلك يقول ابن المناصف : « ومن استحق من أهل الكبائر المظهور عليهم كشاهد الزور ونحوه أن يسجل على جرحته في ديوان القضاء فعل »[1].

٣- أن القاضي يعرف من خلاله من تمت محاكمتهم سابقاً ، وبأي ذنب ، ومدّة حبسهم، وسواء أكان ذلك في عهده أم في عهد من سبقه .

يقول ابن المناصف : « ثم يعتمد لنفسه على اتخاذ زمام[2] يقيد فيه مساجينه بأسمائهم وجناياتهم وتاريخ القبض عليهم وحطّهم في السجن ، ليعلم حقيقة ما يريد من ذلك متى وقف عليه ، ويعرف قدر ما يطول عليهم من ذلك أو يقصر بحسب اجتهاده ، وقدر الجنايات ، وعليه أن يتفقد زمامه ومساجينه كل أسبوع ، أو على حسب ما يرى لذلك وجهاً ووقت احتياج ، ولا يغفل عن ذلك ، فإنه ربما سجن في الحقوق والجنايات من لا ولي له ولا من يذكر أمره ، فمتى غفل القاضي مع ذلك عن هذا التقييد والتفقد أوشك أن يطول سجن هذا مثل هذا ، وربما هلك... وكذلك إن كان السجن في تهمة بدم أو نحو ذلك من الجنايات في غير الأموال ، فما لم يثبت من ذلك وانقضى أمد سجنه بحسب الاجتهاد فيه ، خلّى سبيله إن شاء الله تعالى ، وكذلك فليعتمد تقييد كل شيء حكم فيه مما له بال وعاقبته متوقعة أو خصام متطاول ... فلا غنى به عن ضبط مثل ذلك بالتقييد والحكم والإشهاد عليه ، لئلا يضيع أموال الناس وحقوقهم ، وكذلك يستحب فيما كان من

---

(١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٦٦) .

(٢) الزمام : ما تربط به الناقة للتقييد ، واستعير للتقييد في الوثائق . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ ص٢٧٢) .

تعديل وتجريح وتسفيه وترشيد وما في بابه ، فإن في التحفظ بمثل ذلك نظراً صالحاً بحول الله تعالى »[1].

والتوثيق والتدوين في المحاكمات قديم[2] ، وهو جزء من علم الوثائق والشروط[3] ، وقد بحثه العلماء كذلك عند الحديث عن الدواوين[4] والسجلات[5] والمحاضر[6] والخرائط[7] .

وقد ذكر الفقهاء نماذج من الوثائق والمحاضر والسجلات والكتب الحكمية تغني

---

(١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ٦٧، ٦٨) .

(٢) يذكر أن أول من فعل ذلك سليم بن عتر التجيبي ، الذي تولى القضاء في مصر لمعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما ، وعزل عنه سنة ٦٠هـ ، وقصة أول تدوينه للحكم أنه قضى بين خصوم في ميراث ، ثم تناكروا الحكم وعادوا مرة ثانية ، فحكم بينهم ودوّن الحكم في سجل خاص . (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٤ص١٣٢) .

(٣) علم الوثائق وعلم الشروط تم تعريفهما في مبحث الألفاظ ذات الصلة في الفصل الأول فليراجع .

(٤) الديوان : لغة جريدة الحساب ، ثم أطلقت على الحاسب ، ثم أطلق على موضع الحساب ، وهو معرّب ، والأصل : دِوَّان ، فأبدلت من إحدى المضعفين ياء بالتخفيف ، ولهذا يرد في الجمع إلى أصله ، فيقال: دواوين ، وفي التصغير دويوين. ويقال إن عمر رضي الله عنه أول من دوّن الدواوين في العرب، أي رتب الجرائد للعمال وغيرها . (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٩٩) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٣ص١٦٦) .

(٥) السجلات : جمع سجل ، وهو لغة كتاب القاضي ، وهي الكتب التي تجمع المحاضر وتزيد عليها بتنفيذ الحكم وإمضائه ، ومنه قوله تعالى : ﴿ كطيّ السجلّ للكُتب ﴾. (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١١ ص٣٢٦) .

(٦) المحاضر : جمع محضر ، وهو ما كتب فيه خصومة المتخاصمين عند القاضي ، وما جرى بينهما من الإقرار من المدعى عليه أو الإنكار فيه ، والحكم بالبينة أو النكول على وجه يرفع الاشتباه .
وفي العرف الآن : السجل ما كتبه الشاهدان في الواقعة وبقي عند القاضي وليس عليه خط القاضي ، والحجة ما نقل من السجل من الواقعة وعليه علامة القاضي أعلاه وخط الشاهدين أسفله وأعطي للخصم . (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٩٩) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٤ص٢٠٠) .

(٧) الخرائط : جمع خريطة ، وهي شبه كيس يشرج من أديم وخرق ، وهو مجاز ؛ لأن الديوان نفس السجلات والمحاضر لا الكيس . (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٩٩) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١ص٧٣) .

المطلع عليها في كل حالة وكل واقعة . فيكتب على منوال النموذج المذكور . وفي ذلك يقول ابن أبي الدم : « ونحن إن شاء الله تعالى نذكر مثالاً من كل نوع من أنواع هذه الحجج يكون أنموذجاً لغيره ... يستدل به الفقيه على أمثاله »[1].

ثم ذكر نماذج متعددة من المحاضر والكتب الحكمية[2] .

والكتابة وإن لم تكن حتماً وكانت ندباً وإرشاداً إلى الأحوط ، فإنه متى كتب ، وجب أن يكون على شرائط مخصوصة ، كشرائط سائر النوافل وشرائط سائر المعاملات ، فإنها وإن لم تكن واجبة إلا أنه عند فعلها لا بد في فعلها من شروط ، ومن هذه الضوابط والشرائط التي ذكرها العلماء :

١- أن تكون الكتابة بإذن القاضي ، فإن لم يكن ، فلا تجوز كتابته وتعتبر باطلة، ولا تقوم به للقائم حجة ، إلا إذا أجازه القاضي . وكذلك تعديل الكتابة تكون بإذن صاحبها[3] .

٢- أن يتصف الكاتب بكل ما يساعد في أداء مهمته على أكمل وجه ؛ فيكون كاتباً صالحاً عفيفاً ، لا ذمياً ولا عبداً ولا صبياً ، ولا من لا تجوز شهادته[4].

٣- أن يكون الكاتب بعيداً عن العبارات المحتملة للمعاني والألفاظ المشتركة ، وأن يتحرى تحقيق المعاني بألفاظ مبينة خارجة عن حد الشركة والاحتمال ، والتحرز من خلاف الفقهاء ما أمكن[5].

٤- أن يكتب الكاتب نسختين ، إحداهما في يد القاضي لاحتمال الحاجة إليها، والأخرى في يد الخصم ، وما في يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة أو نقصان[6].

---

(١) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٤٩٤) .

(٢) انظر (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٥٥١ وما بعدها) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٦٠، ٦١) .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣) .

(٥) (الجصاص/ أحكام القرآن/ ج١ص٦٦١) .

(٦) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٧) .

وهذا من قبيل التحرز والاحتياط ، وهو أشد توكيداً في الحدود والقصاص لخطورتها ، حفظاً للحقوق ، سواء حق الخصوم أو حق القاضي .

٥- أن يكون الكلام فيه متصلاً حتى آخر سطر في الرقعة ، فلا يدع فرجة ، خوفاً من أن يثبت السائل فيها غرضاً له ضاراً ، وإذا رأى في الورقة بياضاً في أثناء بعض الأسطر أو آخرها خط عليه وشغله ؛ لأنه ربما قصده أحد بسوء[١] .

وهذا يدل على اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع التزوير في الكتب الحكمية ، ونصوا على أن تكون كتابته ذات خط واضح ، وأن يقارب بين سطوره وأقلامه وخطه ، لئلا يزور أحد عليه[٢] .

٦- أن التعريف في التوثيقات يجب أن يكون بما يزيل الالتباس والاشتباه . وقال أبو يوسف : يكون هذا بذكر اسم الإنسان واسم أبيه ، واكتفى بهذا القدر .

أما أبو حنيفة ومحمد فقالا : لا يتم التعريف إلا بذكر اسمه واسم أبيه واسم جده ، أو اسم أبيه وذكر قبيلته[٣] .

واحتج أبو يوسف بالأدلة التالية :

١- بما روي في صلح الحديبية أنه كُتب في الوثيقة : « هذا ما صالح محمد بن عبد الله وسهيل بن عمر على أهل مكة »[٤] .

---

(١) (النووي/ آداب الفتوى/ ص٥٤) (ابن الصلاح/ أدب المفتي والمستفتي/ ص١٣٧) (ابن الصلاح/ الفتاوى/ ٧٣)

(٢) المراجع السابقة .

(٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج٣٠ص١٦٩) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٧ص٤٧٤) .

(٤) (البخاري/ الشروط/ باب ما يجوز من الشروط في الإسلام/ ح٢٧١٣) (أبو داود/ الجهاد/ باب في صلح الحديبية/ ح ٢٧٦٥) (مسلم/ الجهاد والسير/ باب صلح الحديبية في الحديبية/ ح١٧٨٤) (الترمذي/ المناقب/ باب مناقب علي / باب في صلح النبي يوم الحديبية/ ح٢٥٠٧) . رضي الله عنه/ ح٣٧١٥) (أحمد/ عن أنس بن مالك/ ح١٣٤١٥/ عن ابن عباس/ ح٦٥٨، ٢٧٠٢) (الدارمي/ السير/ باب في صلح النبي ﷺ يوم الحديبية/ ح٢٥٠٧).

فقد اكتفى بذكر اسم الأب[1]

٢- و بالمعقول ، فإن التعريف يتم بما يمتاز به عن غيره ، وبمجرد اسمه لا يحصل ذلك ؛ فالمسمى بذلك الاسم كثير في الناس ، فإذا ضم إلى اسمه اسم أبيه يحصل المقصود باعتبار الظاهر ، فإنه لا يتفق اسم رجلين واسم أبيهما إلا نادراً ، فلا يعتبر ذلك النادر لبقاء ذلك مع ذكر اسم الجد، فإنه كما يتوهم اتفاق اسمين يتوهم اتفاق آسام ثلاثة ، ويسقط اعتبار ذلك ؛ لأنه مخالف للعادة[2].

واستدل أبو حنيفة ومحمد بالأدلة التالية :

١- روي أن رسول الله ﷺ كتب : « هذا ما اشترى محمد رسول الله ﷺ من العدّاء بن خالد بن هوذة » [3]، ففي هذا دليل على أن من كان مشهوراً يكتفى في تعريفه بذكر اسمه ونعته ، كما ذكر -ﷺ- في حق نفسه ، وإن لم يكن معروفاً فإتمام تعريفه بذكر اسم أبيه واسم جده ، كما ذكر في حق العداء .

ولا يعارض هذا حديث صلح الحديبية ؛ لأن الصلح ما كان في ذلك الوقت إلا واحداً ، فكان لا يقع الالتباس فيه [4].

٢- أن ذكر الاسم وحده قد يمنع الالتباس ، كما فعل النبي ﷺ لأكيدر بن عبد الملك ؛ فقال : « هذا ما كتب محمد رسول الله ﷺ لأكيدر ، حين أجاب إلى الإسلام ، وخلع الأنداد والأصنام .... » [5]. ثم أتمّ الكتاب ؛ لأنه ما كان يقع الاشتباه من ذلك ، فاكتفى بذكره [6].

---

(١) (السرخسي/ المبسوط/ ج٣٠ص١٦٩) .

(٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج٣ص١٦٩) .

(٣) سبق تخريجه . انظر ص٤١٣ .

(٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج٣٠ص١٦٩) .

(٥) (مسند أبي عوانة/ ج٤ص٢٧٥/ ح٦٧٤٢) (أحمد/ عن أنس بن مالك/ ح١١٩٤٧) (ابن حجر/ الإصابة/ ج١ ص٢٤٤) (ابن سعد/ الطبقات الكبرى/ ج١ص٢٨٨) (الحموي/ معجم البلدان/ ج٢ ص٤٨٨) .

(٦) (السرخسي/ المبسوط/ ج٣٠ص١٦٩) .

والذي يظهر لي ، أن المقصد من التعريف بالأب والجد هو حصول التمييز ، فكل ما كان لازماً لحصول التمييز كان واجباً فيه ، وأن العرف في ذلك محكّم ؛ ففي صلح الحديبية كان التمييز يحصل بما ذكره ﷺ [1] .

ثم إن واقع الحال كذلك يدل على أن ما ذكر فيه كان كافياً ، فقد شهد عليه جموع المسلمين كما ذكرت نصوص السنة .

وفي حالات أخرى قد لا يحصل التمييز بما ذكره أحد الفريقين من اسم أب أو جد أو عشيرة ، فإن كثرة الناس في زماننا والزمن القادم - إن بقي زمن - تستدعي وتستلزم التمييز بذكر ما لم يذكروه ، كاسم الأم ، أو زمرة الدم ، أو بصمة العين [2] ، والشرع لا يمنع من ذلك شيئاً إن كان دفعاً للالتباس أو الاشتباه بين الناس .

٧- أن القاضي يضع القمطر [3] أو السجل إلى جانبه عن يمينه ؛ لأن فيه المحاضر والصكوك ، فيجب أن يكون معداً بين يديه ، ويجلس كاتبه في ناحية عنه حيث يراه حتى لا يخدع بالرشوة فيزيد في ألفاظ الشهادة أو ينقص [4] .

٨- يجب جمع الوثائق في سجل واحد ، حفظاً لها وتيسيراً لإخراجها عند الحاجة .

---

(١) ومعلوم أن سهيل بن عمرو كان يعترض على كل ما يكتب ، ويحاول بذلك إظهار قوته في التفاوض ، ولو كان في ذكر الاسمين ما يشكل لاعترض عليه ، سيما وأنه اعترض على النص في اسم النبي ﷺ أنه رسول الله في الوثيقة، ومن ثم تغييره إلى محمد بن عبد الله -ﷺ- .

(٢) خصوصاً وأن تطور العلم في علم الجينات والوراثة صار بارزاً وواقعاً ملموساً ، فقد ينتج من التوائم المتشابهة ما لا يتم التعرف معه على التوائم إلا ببصمة عين أو أي وسيلة يستحدثها العلم ، كبصمة الصوت وغيرها .

(٣) القمطر : والقمطرة ما تصان فيه الكتب ، والجمع قماطر . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٥ص١١٧) . وأول من جعل ذلك محمد بن مسروق ، وكان يختمها وتودع ، فإذا جلس أحضرت ، وقد ولي القضاء بمصر زمن هارون الرشيد ، وكان القضاة يضعون السجلات في خرائط وتختم بختم القاضي حفظاً لها . (ابن أبي الوفاء/ طبقات الحنفية/ ص١٣٣) .

(٤) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٢٠) .

ونص الفقهاء على أنه يكتب الخصومة ويجعلها في قمطرة ، ويجعل لكل شاهد قمطراً ، وأنه إذا كثرت النسخ جعلها إضبارةً[1] وكتب على رأسها خصومات أسبوع كذا من شهر كذا من سنة كذا [2].

ونص المادة (١٨١٤) من مجلة الأحكام العدلية : « يضع القاضي في المحكمة دفتراً للسجلات ويقيد ويحرر في ذلك الدفتر الإعلامات والسندات التي يعطيها بصورة منتظمة سالمة عن الحيلة والفساد ، ويعتني بالدقة بحفظ ذلك الدفتر ، وإذا عزل سلم السجلات المذكورة إلى خلفه ، إما بنفسه أو بواسطة أمينه » [3].

٩- إذا تغير القاضي وجاء القاضي الجديد ، فيجب إتمام عملية الاستلام والتسليم بالطرق الصحيحة ؛ فقال الفقهاء : إن المولى يرسل اثنين أو واحداً مأموناً ليقبضاها من المعزول أو أمينه ، ويسألان منه شيئاً فشيئاً ، ويجعلان كل نوع في خريطة ليكون أسهل للتناول ... ثم إذا قبضاه ختما عليه خوفاً من التغيير [4].

وأكد الفقهاء أن هذه الوثائق ليست ملكاً للقاضي بصفته الشخصية ، وإنما بصفته الوظيفية ؛ فيقول الإمام الزيلعي[5]:

« فلا إشكال في وجوب تسليمها إلى الجديد ؛ لأنها إنما كانت في يد الأول لعمله ، وقد انتقل العمل إلى غيره ، فلا معنى لتركها في يده بعد العزل » [6].

---

(١) الإضبارة : الخرقة من الصحف وهي الإضمامة ، ويقال : إضبارة من صحف أو سهام ، أي حزمة . (ابن منظور / لسان العرب/ ج ٤ ص٤٧٩) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣، ٣٠٤) .

(٣) (لجنة المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص٣٦٩) .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٠) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٧) .

(٥) الزيلعي : أبو عمر عثمان بن علي بن محجن فخر الدين الزيلعي ، من أهل زيلع (الصومال) ، قدم القاهرة وتوفي بها ٧٤٣هـ ، فقيه حنفي ، درس وأفتى ونشر الفقه واشتغل بالنحو والفرائض ، من مصنفاته : تبيين الحقائق ، وبركة الكلام على أحاديث الأحكام ، وشرح الجامع الكبير للشيباني . (الزركلي/ الإعلام/ ج٤ص٣٧٣) (حاجي خليفة/ كشف الظنون/ ص١٥١٥) .

(٦) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٧) .

المطلب الثاني
سيرة القاضي في الأحكام

هذا المطلب يتناول جملة من الأصول المتعلقة بالقاضي والأحكام التي تضمن حسن سير العدالة مما له علاقة بشخص القاضي . وهي جملة أصول نص عليها الفقهاء تُظهر مدى رقي القضاء في الإسلام .

وإن من أهم مبادئ القضاء في الإسلام مما له علاقة بشخص القاضي ، هو أن يساوي بين أطراف النزاع ، وقد أفردت له فرعاً خاصاً ، فجاء هذا المطلب على فرعين :

الفرع الأول : الأصول الخاصة بالقاضي :

أورد العلماء الأصول التي تتعلق بالقاضي ، وهي في معظمها لا خلاف فيها ، إذ إنها من القواعد العامة التي تدخل في كل أنواع المحاكمات ، وهي في الجزائيات آكد وأكثر ندباً ، نظراً لحساسية ما تعالجه ، وخطورة ما تنتجه .

ثم سيكون الاقتصار على ما له علاقة بالدعوى وما له أثر عليها أو على الحكم فيها .

وهذا هو سبب إيراد هذا الفرع وإن لم يكن خاصاً بالجزائيات ، إلا أن مخالفة هذه الأصول له أثر كبير على المحاكمة الجزائية .

وهذه الأصول هي :

١- أن يحافظ القاضي على سمعته وهيئته ، وذلك من خلال عدة إجراءات :

أ - اجتناب التجارة ؛ فهي وإن كانت في أصلها مباحةً، إلا أنها تصير مكروهةً لغيرها لا لذاتها[1].

---

(١) (ميارة الفاسي/ شرح ميارة/ ج١ص١٥) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥٠) .
ومثل التجارة كذلك ، التماس الحوائج .

ب – لا يقبل هدية إلا من قريبه أو ممن جرت عادته بذلك [(١)]، لأن الأولى صلة رحمٍ وردّها قطيعة وهو حرام . والثانية ليست لأجل القضاء ، وإنما هي جري على العادة ، فلا يتوهم فيهما الرشوة ، فيكون من الغلول كغيرها . وعلى هذا كان الصحابة رضي الله عنهم[(٢)] .

ومثلها كذلك الدعوة الخاصة[(٣)] ؛ لأنها جعلت لأجله[(٤)] .

ج – إذا أراد أن يعود مريضاً، فإن كان له عنده خصومة فلا يعوده، وإلا فليعُدْه[(٥)].

د – أن يكون في هيئته وصفته على أحسن حال من ملبس ومنظر وزينة، فلا يخرج إلا في أحسن ثيابه[(٦)] .

هـ – أن يكون في مجلسه مستقبلاً القبلة لأنه من السنة [(٧)] ، ويكون

---

(١)انظر : (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٩، ٥٠) (الزيلعي/ تبيين الحقائق /ج٤ ص١٧٨) . قريبه : يقصد به ذو الرحم المحرم .(المرجعين السابقين)

(٢) (الزيلعي/ تبيين الحقائق /ج٤ص١٧٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٩، ٥٠) (الشافعي/ الأم/ ج٦ ص٢٣١) .

(٣) الدعوة الخاصة : قيل إنها التي يتخذها صاحبها للقاضي ، فإن لم يحضر لم يتخذها ، وقيل : كل دعوة اتخذت في غير العرس والختان فهي خاصة . وأرى أن الأول أولى . (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ص١٧٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥٠) .

(٤) (الزيلعي/ تبيين الحقائق /ج٤ص١٧٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥٠) .

(٥) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٦) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص١٥) .

(٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣) .

(٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٨) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص١٤) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢٦) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١١٤) .

متربعاً[1] أو محتبياً[2][3]. وأما الاتكاء فكرهه الشافعية[4] ، وأجازه المالكية والحنفية[5] وقالوا لا بأس به ؛ لأنه يزيد في الرأي لزيادة الراحة فيه[6] ، ثم قالوا الأولى أن يأتي ما فيه تعظيم وهيبة للقضاء، ورووا عن أبي يوسف أنه استفتي في مسألة وهو متكئ، فاستوى وارتدى وتعمم ، ثم أفتى تعظيماً لأمر الفتيا[7] . فكيف بالقضاء .

وكل هذه الإجراءات حفاظاً على هيئته وسمعته ، فعلى القاضي أن يراعيها .

٢- ألا يفتي في مسألة فيها خصومة[8] .

يقول ابن عاصم في تحفته :

ومنع الإفتاء للحكام ∴ في كل ما يرجع للخصام[9]

وذلك أن الخصمين إذا لم يعلما ما عنده في المسألة كان أشد لتوقيهما من التحريف ، وأبعد في الإدلال[10] الذي سببه التعريض[11] .

---

(١) متربعاً : تربع في جلوسه وجلس الأربعا ، وهي ضرب من الجلس (جمع جلسة) . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ ص١١٠) .

(٢) محتبياً : هو ان يضم الإنسان رجليه إلى بطنه بثوب يجمعهما به مع ظهره ويشد عليه . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٤ص١٦١) .

(٣) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص١٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٠) .

(٤) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢٦) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٠٣).

(٥) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص١٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ ص١٥٧) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٤٠) .

(٦) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٨) .

(٧) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٨) .

(٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٩) (الكافي/ إحكام الأحكام/ ص١٨) .

(٩) (الكافي/ إحكام الأحكام/ ص١٨) .

(١٠) الإدلال : يقال لفلان عليك دالة وتدلل وإدلال ، وفلان يدل عليك بصحبته إدلالاً ودالة ، أي يجترئ عليك . (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٩) .

(١١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٩) .

وقال مالك : لا يفتي القاضي في مسائل القضاء ، وأما في غير ذلك فلا بأس به[1] ؛ كأن يكون رجل يعلم أنه متفقه يسأل على جهة التعليم[2] .

٣- أن يخلي ذهنه مما يشغله ، فيكون على حالة الاعتدال ويبعد كل ما يشوش فهمه[3]. ومن ذلك :

أ - الغضب[4] : لقوله ﷺ : « لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان »[5].

والنهي عن الحكم حالة الغضب لما يحصل بسببه من التغير الذي يختل به النظر، فلا يحصل استيفاء الحكم على الوجه ، فيتجاوزه إلى غير الحق[6] .

وقد عدّى الفقهاء هذا المعنى إلى كل ما يحصل به تغير الفكر ، وإلى سائر ما يتعلق به القلب تعلقاً يشغله عن استيفاء النظر ، وهو قياس مظنة على مظنة ، وكأن الحكمة في الاقتصار على ذكر الغضب لاستيلائه على النفس وصعوبة مقاومته[7] .

ويقول ابن القيم : « من قصر النهي على الغضب وحده دون الهم المزعج والخوف المقلق والجوع والظمأ الشديد وشغل القلب المانع من الفهم ، فقدِ قلّ فقهه وفهمه ، والتعويل في الحكم على قصد المتكلم ، والألفاظ لم تقصد لنفسها ، وإنما هي مقصودة للمعاني المتوسل بها إلى معرفة مراد المتكلم ، ومراده يظهر من عموم لفظه

---

(١) المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق .

(٣) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص١٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص ٦٤) .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ جج٦ص٣٠٣) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٠٣) (صديق البخاري / ظفر اللاضي/ ص٨١) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص١٤) .

(٥) (البخاري/ الأحكام/ باب هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان/ ح٧١٥٨) (مسلم/ الأقضية/ باب كراهة قضاء القاضي وهو غضبان/ ح١٧١٧) (الترمذي/ الأحكام/ باب ما جاء لا يقضي القاضي وهو غضبان/ ح١٣٣٤) (النسائي/ آداب القضاة/ باب ذكر ما ينبغي للحاكم أن يجتنبه/ ح٥٤٠٦) (أبو داود/ الأقضية/ باب القاضي يقضي وهو غضبان/ ح٣٥٨٩).

(٦) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص٨١) .

(٧) المرجع السابق .

تارة ، ومن عموم المعنى الذي قصده تارة، وقد يكون فهمه من المعنى أقوى ، وقد يكون من اللفظ أقوى ، وقد يتقاربان »[1].

ب - الجوع المفرط[2] : فالجائع يسرع إليه الغضب وسوء الخلق ، وقد روي فيه : « لا يقضي القاضي إلا وهو شبعان ريّان »[3]، إلا أن هذا الحديث ضعيف ، بل شديد الضعف[4].

ج - العطش المفرط[5] : ودليله مثل ما ذكر في الجوع .

د - الشبع المفرط : لأن الشبع يبعد نظره ويقل فطنته[6] .

هـ - النوم والنعاس[7] .

و - الكسل[8] .

ز - الجزع[9] .

ح - الحزن والهم[10] .

---

(١) (ابن القيم/ إعلام الموقعين/ ج١ص١٦٦) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص٨٣) .

(٢) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص١٤) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص ٣٠٣) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٠٣) .

(٣) (سنن البيهقي الكبرى/ ج١٠ص١٠٥/ ح٢٠٠٦٩) (الدارقطني/ ج٤ص٢٠٦/ ح١٤) (الطبراني/ المعجم الأوسط/ ج٥ص٣٦/ ح٤٦٠٣) (الهيثمي/ بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث/ ج١ص٥١٩/ ح٤٦١).

(٤) إذ فيه القاسم العَمري ، وهو متروك . وذكره ابن عدي في الكامل في الضعفاء (ج٦ص٣٤/ ح١٥٧٧).

(٥) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص١٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٥١) .

(٦) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٠٣) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص٨١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥١) .

(٧) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص١٤) (الإمام مالك/ المدونة/ ج٤ص١٣) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص ٨١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥١) .

(٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥١) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص١٤) .

(٩) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج ١ص١٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٦٤) .

(١٠) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص١٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص ٦٤) .

ط - أن يكون حاقناً[1] .

ي - الفرح الشديد [2].

ك - البرد الشديد[3] .

ل - الحرّ الشديد[4] .

م - المرض المؤلم[5] .

ن - الخوف المزعج[6] .

س- إن كان شاباً فيقضي وطره من أهله ثم يجلس للقضاء[7] .

ع - أن لا يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس فيه[8] .

وذكر العلماء أن من وجد من ذلك شيئاً فليقم عن مجلسه ، أو يدفع الناس عنه[9] .

أما حكم قضاء من اعترته هذه العوارض ؛ فإن الحنفية عدّوها من الآداب ، فإن جرى الحكم فلا يؤثر مثلها في الحكم ، لأن الحكم صحيح[10] .

أما المالكية والشافعية[11] فيرون كراهية ذلك ، وهذا يعني نفاذ قضائه .

---

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ج٦ص٣٠٣) .

أحقن الرجلُ بولَه إذا حبسه، والحاقن الذي حُبس بولُه (ابن الأثير/ النهاية/ج١ص٤٠٧، مادة : حقن)، والحاقن : الذي له بول شديد . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٣ص١٢٦) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣) .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق .

(٥) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٠٣) .

(٦) المرجع السابق .

(٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣) .

(٨) المرجع السابق .

(٩) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣) .

(١٠) (السمرقندي/ تحفة الفقهاء/ ج٣ص٣٧٣) .

(١١) (الشربيني/ الإقناع/ ج٢ص٦٢٠) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٣ص٤٠٢) .

أما الحنابلة ، وهو قول عند المالكية : أنه يحرم ذلك ، إلا إذا وافق الحق[1] .

دليل الجمهور : أن قضاء الغضبان نافذ ، وكذا كل ما كان في حكمه ؛ لأن النبي ﷺ قضى للزبير على الأنصاري مع غضبه ﷺ [2].

ودليل الحنابلة : أن الحديث نهى عن الحكم في هذه الحالة ، فقيس غيرها عليها، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، فكان الحكم فاسداً غير مقبول[3]. إلا إذا وافق حكمه الصواب والحق، فإنه يكون قد وقع في محله . أما بغير ذلك فإن الغضب ربما حمله على الجور في الحكم[4] .

والذي أراه أن إثبات مثل هذه العوارض أثناء الحكم أو أثناء النظر أمر عسير جداً ، فكيف يعلم الخصمان أن القاضي جائع أو عطش أو حاقن أو أنه شارد الذهن لحزن أو هم أصابه ، فكل ذلك لا يعلمه إلا القاضي من نفسه ، ولذلك كان القول قول الجمهور من أن قضاءه ينفذ ، إلا أنه يأثم بذلك ، لأنه خالف أمر النبي ﷺ فيؤاخذ بذلك ديانة ولا يفسد حكمه، فإن ثبت أنه قضى على هذه الحال كأن يقر هو بذلك ، فالقول قول الحنابلة وبعض المالكية أنه لا ينفذ إلا إذا وافق الحق .

ثم يجب الإشارة إلى أن الغضب المنهي عنه هو الغضب الشديد الذي يفقد حد الاتزان ، وكذا كل عارض من العوارض السابقة ، حتى يأثم بالمخالفة .

ثم أن يكون الغضب خارجاً عن حدود القضية ، فإن كان الغضب من القضية المعروضة أمامه فحكم ، فإنه حكم صحيح كذلك ولا يأثم بالمخالفة ، ومنها أن يكون الغضب مؤثراً في زيادة الحكم أو نقصانه ، فإن أتي برجل قد زنا ، وثبتت جنايته بالدليل القاطع وغضب القاضي فحكم عليه بالحد ، فالحكم صحيح ولا إثم؛ لأنه لم يخالف ، لأن الغضب في حالتها لا يزيد ولا ينقص في الحكم ، لأنه حدٌّ محدود وقدْرٌ مقدور .

---

(١) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٣ص٣٨٩) .

(٢) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٣ص٤٠٢) .

(٣) (ابن قدامة/ الكافي في فقه ابن حنبل/ ج٤ص٤٤٢) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص٩٩) .

(٤) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣٠٦) .

ويؤكد كل ما سبق ما ورد عن رسول الله ﷺ عندما قضى وهو غضبان، عندما قال الأنصاري الذي تخاصم مع الزبير : أن كان ابن عمتك . فتلوّن وجه النبي ﷺ ثم قال : « اسق يا زبير حتى يبلغ الماء الجدر ، ثم أرسل الماء إلى جارك »[1] . فهذا غضب غير مؤثر في الحكم ، ولا يعارض نهي النبي ﷺ عن القضاء حالة الغضب من وجوه :

أ - أن القاضي هنا هو المعصوم عليه الصلاة والسلام ، فلا يتخيل في حقه الجور في الحكم ، حتى مع الغضب .

ب - أن الغضب لم يبلغ الحد الذي ينهى معه عن الحكم .

ج - أن الغضب لأجل القضية وليس لأمر خارج عنها .

وبذا كان غير متعارض مع النهي الوارد في القضاء حالة الغضب .

٤- ألا يكون أحد أطراف النزاع ذا قرابة أو نسب للقاضي[2] .

فإن كان أحد الخصوم قريباً للقاضي بولاء أو نسب ، منع من القضاء بينه وبين خصمه ، ويحق لطرف الخصومة الآخر الطعن في قضائه شكلاً لهذا السبب .

والدليل على رفض قضائه لمن هم بهذه الصفة منه ، أن ولاية القضاء فوق ولاية الشهادة، فإذا لم تجز شهادته لهؤلاء فإن قضاءه لهم لا يجوز من باب أولى[3] .

ثم هو أولى بالرد من الشهادة ؛ لأن فوق الشاهد من ينظر عليه ، فيضعف

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص١٠٨ .

(٢) (البجيرمي/ حاشية البجيرمي على المنهج/ج٤ص٣٥٤) (السرخسي/ المبسوط/ج١٦ص١٠٧) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٩٦) (الحطاب/ مواهب الجليل/ج٦ص١٣٤) (القرافي/ الفروق/ج٤ ص٤٣) (الزيلعي/ تبيين الحقائق /ج٤ص١٩٤) (البابرتي/ العناية على الهداية/ج٧ص٣٢٠) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ص٣٧) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ص١٦٢) (العبادي/ الجوهرة النيرة/ ج٢ص٢٤٦) (عليش/ منح الجليل/ج٨ ص٣٢٦) .

(٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص١٠٧) (القرافي/ الفروق/ ج٤ص٤٣) .

الإقدام دون القضاء[1] .

إلا أن جملة من الأسئلة ترد على تعليل الفقهاء منع القضاء في هذه الحالة ، وهي :

إن كانت الجريمة في حق الله تعالى ، وجاء الشاهد وكان ذا قرابة للقاضي وشهد بذلك حسبةً ، فهل يمنع القاضي من الحكم في هذه القضية ؟

أو إن كان الطرف الذي يريد القضاء عليه ممن ليس هو بقرابة له مقرٌّ بالجرم ، فهل يصح قضاؤه عليه بإقراره ؟

أو إن كان طرفا القضية بنفس مرتبة القرابة من القاضي ، فهل يمنع قضاؤه بينهما؟ كأن يكون الخصمان أولاده أو جدّيه أو خاليه أو عمّيه ، أو والد وولده .

فالذي يظهر من تعليل الفقهاء لمنع القضاء لهم ، أنه يجوز كل ذلك لانتفاء التهمة ، وهذا هو الذي أراه .

وقد أجاز الفقهاء في بعض الأحكام قضاء القاضي على من هو قرابة له أو ذو نسب ، لانتفاء التهمة ، ومنها : أن يحكم على قرابته لا له ، فقالوا : « إن قضاءه يُقبل ؛ لأن شهادته عليهم تقبل ، ثم لأن التهمة منتفية »[2] .

ومنها إذا أقر المدعى عليه، فأجازوا القضاء عليه ، ثم نصّوا على أن الإقرار حجة بنفسه، ودور القاضي فيه أنه مظهر لا مثبت ، وأنه ليس بمنشئ للحكم فيه[3] .

وأجازوا كذلك أن يحكم لعدوه لا عليه ، وقد رووا عن النبي ﷺ : « لا يحكم عدو على عدوّه »[4] ، وهو لا يصح ، وإنما قد يقاس على منع الشهادة عليه .

أما إن كان من الحدود ، كقطع يد سارق أو زنا أو شرب خمر، فأرى جواز حكمه فيه، وقد فعله أبو بكر رضي الله عنه ، فإنه حكم بقطع يد السارق الذي سرق

---

(١) (الحطاب/ مواهب الجليل/ج٦ص١٣٤) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ج٧ص١٦٢) (القرافي/ الفروق/ج٤ ص٤٣) .

(٢) (البجيرمي/ البجيرمي على المنهج/ج٤ص٣٥٤) (العبادي/ الجوهرة النيرة/ج٢ص٢٤٦) .

(٣) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ص١٦٢) .

(٤) وهذا لم يرد فيه أثر عن رسول الله ﷺ ، وإنما النصوص الواردة في المنع إنما هي في الشهادة .

عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقته[1] . فهو من الحدود أولاً ، ثم فيه اعتراف من السارق ثانياً.فالتهمة بهذا منتفية

٥- الموعظة قبل بدء الخصومة ، وقبل بدء الشاهد أداء شهادته[2] .

وهو أصل متعلق بشخص القاضي في بداية جلسات المحاكمة ، وكذا في أثنائها، ومقصوده التذكير بالله عز وجل ، والتذكير بفضل الصلح ، وتنمية عامل المراقبة عند الخصوم والشهود .

إلا أن الموعظة لها ضوابط وأصول :

أ - أن يكون في الأمر إشكال وشبهة ، أما إن علم الحق أو كان الحق متبيناً لأحدهما ، فيمضي الحكم دون موعظة[3] .

والوعظ مقصده ترك الخصومة ؛ وتركها في بعض الأحوال ظلم وفيه ضياع الحقوق على أصحابها ، وخصوصاً إذا كان حقاً عاماً للأمة في جريمة خطيرة ، فلا يتصور فيه الموعظة لترك الخصومة . أما إن كانت الموعظة للتذكير بإثم الكذب والافتراء ، فلا بأس بها عندئذ .

يقول ابن عاصم في تحفته :

والصلح يستدعي له إن أشكلا ∴ حكم وأن تعين الحق فلا[4]

---

(١) (مالك/ الحدود/ باب جامع القطع/ ح١٥٨١) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٤٩، ٢٨٣/ ح٧٨٠٣، ١٧٠٤٠) (سنن الدارقطني/ ج٣ص١٨٣/ ح٣٠١) (مسند الشافعي/ ص٣٣٦) (مصنف عبد الرزاق/ ج١٠ص١٨٩/ ح١٨٧٧٤) .
(عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٣٣٦) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ص١٦٢) .

(٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٦١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥٣) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢١٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٥٤) (ابن خلدون/ رسالة ابن خلدون للقضاة/ ص١١٦) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٨) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٠١) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٣) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٠١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٦، ٥٣) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٨) .

(٤) (الكافي/ إحكام الأحكام/ ص١٨) .

ب - أن يكون في الحكم فتنة من قطيعة رحم[1] وشجار وشدة وقيعة .

فقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : « ردوا القضاء بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا ، فإن فصل القضاء يورث الضغائن[2] »[3]. يقول ابن عاصم في استحباب الصلح بين المتخاصمين :

ما لم يخف بنافذ الأحكام ∴ فتنة أو شحناً أولي الأرحام[4]

ج - ألا يكون في الموعظة ما يؤدي إلى تحليل حرام ولا تحريم حلال ولا إكراه تخجيل[5] .

د - أن تكون الموعظة بالتذكير لا بالأمر والزجر أو التوعد والتهدد[6] . فلا يلح عليه بالصلح . وقال مالك : ولا أرى للوالي أن يلح على أحد الخصمين أو يعرض عن خصومته لأجل أن يصالح . وقال بعض العلماء : لا ينبغي للقاضي أن يردهم أكثر من مرتين إن طمع بالصلح بينهم[7] .

ويكون تقدير الموقف للقاضي ، فإن كانا من خواصه فله نهرهما بما لا يقدر عليه مع غيرهم ، وقد روي أن سحنون أقام رجلين من صالحي جيرانه من بين يديه، وقال : استرا على أنفسكما ولا تطلعاني على سركما[8] .

---

(١) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٠١) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٣) .

(٢) الضغائن : جمع ضغينة ، وهي الأحقاد . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٣ص٢٥٥) .

(٣) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٦ص٦٦/ ح١١١٤٢) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٤ص٥٣٤/ ح٢٢٨٩٦) (مصنف عبد الرزاق/ ج٨ص٣٠٣/ ح١٥٣٠٤) .

(سنن البيهقي الكبرى/ ج٦ص٦٦/ ح١١١٤٣ ، وبلفظ : ردوا الخصوم لعلهم أن يصطلحوا ، فإنه أبرأ للصدق وأقل للحنات) .

(٤) (الكافي/ إحكام الأحكام/ ص١٨) .

(٥) (ابن خلدون/ رسالة ابن خلدون للقضاة/ ص١١٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٣) .

(٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٣) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٨) .

(٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٣) .

(٨) المرجع السابق .

بعد كل هذه الضوابط ، فإما أن تكون الموعظة عند ابتداء النزاع ، أو تكون أثناء الخصومة والنزاع ، ولكل منهما كيفية معينة .

١) عند ابتداء النزاع وقبل طرح الحجج والأدلة ، فيسنّ للقاضي موعظتهم وتذكيرهم بالله تعالى ، وتعريفهم بأن من خاصم في باطل فإنه خائض في سخط الله تعالى[١] . فيذكرهم بقول رسول الله ﷺ : « إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، وأقضى له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذ، فإنما أقطع له قطعة من النار »[٢] .

٢) أثناء النزاع ، وذلك عند إبداء الحجج من شهود أو أيمان ، وكذا إذا أحس القاضي أن أحدهما حجته قوية إلا أنه مبطل .

يقول ابن فرحون : « فإن توسم في أحد الخصمين أنه أبطن شبهة أو اتهمه بدعوى الباطل إلا أن حجته في الظاهر متجهة وكتاب الحق الذي بين يديه موافق لظاهر دعواه ، فليتلطف القاضي في الفحص والبحث عن حقيقة ما توهم فيه ... فإن لم ينكشف له ما يقدح في دعواه فحسن أن يتقدم إليه بالموعظة إن رأى لذلك وجهاً ، ويخوفه بالله سبحانه وتعالى »[٣] .

ومن ذلك ما رواه مسلم في الرجل الذي جاء من حضرموت مع رجل من كندة وتخاصما على أرضٍ، فقال له النبي ﷺ : « ألك بينة » ؟ قال : لا . قال : « فلك يمينه » ، قال: يا رسول الله ، الرجل فاجر لا يبالي ما حلف عليه ، وليس يتورع من شيء . قال : « ليس لك منه إلا ذلك » ، فلما أدبر الرجل ليحلف ، قال رسول الله ﷺ : « أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقين الله وهو عنه

---

(١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥٢) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢١٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص ٥٣) .

(٢) (البخاري/ الحيل/ باب إذا غصب جارية/ ح٦٩٦٧) (مسلم/ الأقضية/ باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة/ ح ١٧١٣) (أبو داود/ الأقضية/ باب في قضاء القاضي إذا أخطأ/ ح٣٥٨٣) (ابن ماجه/ الأحكام/ باب قضية الحاكم لا تحل حراماً ولا تحرم حلالاً/ ح٢٣١٧) (مالك/ الأقضية/ باب الترغيب في القضاء بالحق/ ح١٤٢٤) (أحمد/ عن أم سلمة/ ح٢٥٩٥٢، ٢٦٠٧٨، ٢٦٠٨٦، ٢٧١٧٧) .

(٣) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢١٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٥٣) .

معرض »[1].

ومن ذلك ما رواه الأشعث بن قيس قال : كان بيني وبين رجل حكومة في بئر ، فاختصمنا إلى النبي ﷺ ، فقال : « شاهداك أو يمينه » ، فقلت: إذاً يحلف ولا يبالي. فقال: « من حلف على يمين صبر[2] يقتطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر، لقي الله وهو عليه غضبان »[3].

وكل ذلك دال على أن للموعظة دوراً في التذكير بالله واليوم الآخر ؛ لأن الإنسان ساعة الخصومة قد يغفل قلبه عن الله ، فكانت الموعظة . وقد كان شريح القاضي يقول لمن يشهد عنده : « إني لم أدعكما ، وإن ذهبتما لم أردكما ، وإنما يقضي على هذا المسلم أنتما بشهادتكما، وإني متق بكما من النار ، فاتقيا الله والنار »[4].

٦- التقيد بحدود الدعوى المرفوعة : فمن الأصول المتعلقة بالقاضي إلزامه بالتقيد بحدود الدعوى المرفوعة ، وقد ذكر العلماء ذلك ، وبيّنوا أن القاضي ليس حرّاً في إطلاق حدود الدعوى ، بل هو مقيد بموضوع الدعوى وحدود المطلوب منها.

---

(١) (مسلم/ الإيمان/ باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة/ ح١٣٩) (الترمذي/ الأحكام/ باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه/ ح١٣٤٠) (أبو داود/ الأيمان والنذور/ باب فيمن حلف يميناً ليقتطع بها مالاً لأحد/ ح٣٢٤٥) (أحمد/ عن وائل بن حجر/ ح١٨٣٨) (صحيح ابن حبان/ ج١١ص٤٦٣/ ح٥٠٧٤) (مسند أبي عوانة/ ج٤ص٤٨/ ح٥٩٨١) (سنن البيهقي الكبرى/ ج١٠ص١٤٣/ ح٢٠٢٩١) .
ورواه الدارقطني والنسائي في السنن الكبرى والطبراني في الكبير .

(٢) يمين صبر : أي أُلزم بها وحُبس عليها ، وكانت لازمة لصاحبها من جهة الحكم . (الجزري/ النهاية في غريب الحديث / ج٣ص٨) .

(٣) (البخاري/ تفسير القرآن/ باب ﴿ إن الذين يشترون بعهد الله ﴾/ ح٤٥٥٠) (مسلم/ الإيمان/ باب وعيد من اقتطع حق مسلم .../ ح١٣٨) (الترمذي/ تفسير القرآن/ باب ومن سورة النساء/ ح٣٠٢٠) (أحمد/ عن عبد الله بن مسعود/ ح٤٢٠٠، ٣٥٦٦، ٣٥٨٦، ٣٩٣٦، ٤٠٣٩، ٤٣٨١) . ورواه ابن حبان والحاكم في مستدركه وأبو عوانة والبيهقي وابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفه والبزار والطبراني .

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٥٤) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥٥) .

وهذا واضح في حالة ما إذا كان الحق لآدمي محض ؛ لأن صاحب الحق له ألا يرفع للقضاء أصلاً ، فإذا رفع فيتقيد القاضي بحدود ما رفع فيه ، ثم إن القاضي ليس بوكيل عن صاحب الحق في حقه ليكون له تقدير مصلحة المدعي أين تكون .

أما إذا كان الحق لله تعالى ، فهل يتقيد بحدود الدعوى ، أو كان الحق مشتركاً فهل نلزمه بحدود الدعوى المرفوعة ؟ كأن يدّعي إنسان على آخر ما فيه حق له وحق لله تعالى ، وكان ادعاؤه بوصف لا ينطبق على الواقعة ، كأن ادعى القتل ولم يكن كذلك ، بل كان شروعاً في القتل .

فالذي أراه أن القاضي لا يتقيد بحدود الدعوى ؛ لأن السير فيها على وصف المدعي سيؤدي لسقوط الحق ، ولو مؤقتاً ، فكان للقاضي أن يعدل صفة الدعوى ، ويمكنه أن يفهم المدعي سبب تعديل الوصف ، ويكون هذا من باب إرشاد الخصم لا تلقينه الحجة كما سبق ذكره .

أما إن كان حقاً من حقوق الله الخالصة ، فللقاضي تعديل صفة الدعوى وحدود الدعوى المرفوعة بناء على علمه وفقهه لصورة المسألة ، مع مراعاة أن تكون الحادثة التي يتم وصفها من قبل القاضي هي ذات الحادثة التي تم رفع الدعوى فيها ، فلا يضيف بتوصيفه وتكييفه أركاناً مادية غير موجودة في الدعوى ، بل ينظر في الحادثة كما وردت ، ويعطيها وصفها اللائق بها ، وخصوصاً أن القاضي في الإسلام فقيه عالم ، وله من الصفات الشخصية والعلمية ما يؤهله لإضفاء الوصف المناسب .

وقد اتخذ القانون الإجرائي الجزائي في دولة الإمارات العربية المتحدة مثل هذا الموقف وقرر أن محكمة الموضوع غير مقيدة بالوصف الذي ترفع به الدعوى ، وأن من حقها رد الواقعة بعد تمحيصها إلى ما ترى أنه الوصف القانوني الصحيح دون لفت نظر الدفاع ، ما دامت الواقعة المادية هي بذاتها التي اتخذت أساساً للوصف الجرمي[1] .

---

(١) (حسن حمادي/ قضاء الحدود والقصاص والدية/ ص٣٣٦) .

٧- حفظ هيبة المجلس . ذلك أن لمجلس القضاء والحكم حرمة ، وقد ذكر العلماء صوراً من الأحكام التي يحفظ القاضي من خلالها هيبة المجلس وحرمته .

أ - إذا نهى القاضي أحد الخصمين عن الكلام ، فلم يفعل وأتى بالحجج ليخلط على صاحبه ويمنعه من الكلام ويكثر معارضته في كلامه ، أمر القاضي بأدبه[١] .

وكذا إذا امتنع الخصم من الإجابة لا بإقرار ولا بالإنكار ، فيؤدبه القاضي ؛ والعقوبة في مثل هذه الحالة أمثل من العفو[٢] .

ب - إذا قال الخصم للشهود ما يؤذيهم دون حاجة ، فله عقابه . كأن يقول : أنت شاهد زور ، أو أنك كاذب ، أو يوبخه أو يعنته . أما إن قال : إن الذي شهد به على باطل ، لم يعاقب[٣] .

وإذا جاء الشهود لأداء الشهادة يأمر القاضي الخصمين بالسكوت وأن لا يتعرضا للشهود وإلا أدبهما[٤] .

ج - إذا أساء إلى أعوان القاضي ، فإن له أن يؤدبه ، كضربه عشرة أسواط[٥].

د - إذا شتم أحد الخصمين صاحبه ، زجره بعقوبة ؛ لأن فيه انتهاكاً لحرمة مجلس القاضي وحكمه ، وأن ذلك لم يكن محض حقهما حتى يتكافآ فيه[٦] . أما إن كانت فلتة من ذي مروءة ، فينهاه[٧] .

وكذلك إذا لم يكن قصده الإهانة ، بل الدفاع عن نفسه ، كأن يقول له :

---

(١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٩) .

(٢) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٥١) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٩) .

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٩) .

(٥) المرجع السابق .

(٦) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٥) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٤ص٣٧٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٤٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٩) .

(٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٤٠) .

كذبت[1] . ولا يقول : يا كاذب يا فاجر[2] .

ويدل على ذلك ما روي أن النبي ﷺ جاءه رجل من حضرموت مع رجل من كندة ، فاختصما في أرض ، وليس معه بينة ، فقال له النبي ﷺ : « فلك يمينه » ، فقال : يا رسول الله، الرجل فاجر لا يبالي ما حلف عليه ، وليس يتورع في شيء ، فقال : « ليس لك منه إلا ذلك ... » الحديث[3] .

فقد وصف القائل الرجل بما يعتبر قدحاً وذمّاً في غير الخصومة ، إلا أنه أقره كونه في مقام طرح الأدلة والحجج ، وردّ حجة خصمه قبل أدائها .

ولكن لو ادعى أثناء النزاع على خصمه ما يوجب العقوبة فيما لو ثبت ، فهل يعتبر ادعاءً أم لا ؟

لقد اتفق العلماء أن ذلك ليس بدعوى .

يقول الإمام زكريا الأنصاري في شرح البهجة : « ادّعت امرأة بين يدي الحاكم أن فلاناً نزل إليها ليلاً وراودها ، فلا شيء عليه ، وإن لم يثبت ذلك بخلاف ما لو نسبته لذلك لا بين يدي الحاكم فيعزّر »[4] .

هـ - إذا لمز أحد الخصمين القاضي ، بقوله له ظلمتني ، فليعزره .

أما إذا صرّح بالإساءة إلى القاضي فيجب فيها تأديب القائل . وقال العلماء : ينبغي له أن يعزر لنفسه ، لئلا يستهان به ، وليُخِف الناس بلزوم الحق واتباعه[5] .

يقول ابن عاصم في التحفة :

ومن جفا القاضي فالتأديب ∴ أولى وذا لشاهد مطلـــوب

---

(١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٤٧) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٤ص٣٧٩) .

(٣) سبق تخريجه . انظر ص٤٣٣.

(٤) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٤ص٣٧٩) .

(٥) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٦٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٥١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٦) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص٩٥) .

وفلتة من ذي مروءة عثـــر ∴ في جانب الشاهد مما يغتفر[1]

أما إن قال له : اتق الله أو اذكر الله ، فينبغي أن لا يضيق ويكبر ذلـك عليـه ، وليثبت ويجاوبه بما يليق عن ذلك ، مثل أن يقـول : رزقنـا الله التقـوى ، وألهمنـا الله المصلحة[2] .

و - أن يمنع رفع الصوت عنده ، فإن ذلك مما يبرمه ويضجره ويحيره[3] .

ز - ألا يتضاحك في مجلسه ويلزم العبوس من غـير غـضب ، وأن يقـل مـن المزاح والدعابة والخوض فيما لا يصلح لمثله[4] .

وقالوا : إنه ينبغي له أن ينابذ الخـصمين كليهمـا ، ويـترك الاسترسـال معهمـا بمجالسة أنس أو محادثة سر أو انبساط لا في مجلس الحكم ولا غيره ، مجتمعين كانا أو مفترقين ، ولا أن يكاتبهما أو أحدهما في شيء مـا دام الخصام قائماً بينهمـا ، فـإن ذلك إن فعله معهما اجترأا عليه وأطمعهما بقربـه وأنـسه فيمـا لديـه ، ومـا جـرّ إلى التهاون بحدود الله فممنوع[5] .

ح - ومنها كذلك أن يتخذ درة ، كما نص بعض الفقهاء ، وذلـك للتأديـب ، كما اتخذها سيدنا عمر رضي الله عنه ، وكانت درته من نعل رسول الله ﷺ .

وقد منع ابن دقيق العيد[6] الضرب بالدرة في زمانه لذوي الهيئة ؛ لأنه يعير بـه ذرية المضروب[7] .

---

(١) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص٣١) .

(٢) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٥) .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٠، ٥٥) (ابـن المناصـف/ تنبيه الحكام/ ص٤٨) .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٧) (مياره الفاسي/ شرح ميـاره/ ج١ص١٥) (ابـن المناصـف/ تنبيـه الحكام/ ص ٤٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٠) .

(٥) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٩) .

(٦) ابن دقيق العيد : تقي الدين أبو الفتح بن الشيخ مجد الدين القشيري ، المعروف بابن دقيق العيـد ، ولـد ٦٥٧هـ ، ناب في الحكم والده ، كان فاضـلاً ذكيـاً ، انقطـع في القرافـة مـدة ، تـوفي في شـهر رمـضان ٧١٦هـ ، ودفن عند أبيه . (ابن قاضي شهبة/ طبقات الشافعية/ ج٢ص٢٢٦) .

(٧) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٠٣) .

والمقصود من الدرة على كل حال هو وجود وسيلة للتأديب حال التجاوز من أحدٍ في مجلسه ، ويحصل ذلك بالدرة كما في زمن سيدنا عمر رضي الله عنه ، وبغيره من حبس وغرامة وغيرهما .

ط – ومن صور حفظ هيبة المجلس وهيبة القاضي ، أن القاضي إذا دخل لا يسلم على الخصوم ولا يسلمون عليه .

وقيل : بل يسلم ولا يسعه الترك . وهذا إذا كان عند دخول القاضي المسجد، أما إذا جلس في ناحية المسجد للفصل فلا يسلم ولا يسلمون ، وإذا سلموا عليه فلا بأس أن يردّ عليهم السلام ، ولا يجب عليه رد السلام ، فيتخير ، إن شاء ردّ ، وإن شاء لم يرد ، وأنه إذا أراد الجواب فينبغي ألا يزيد على قوله « وعليكم » ، أما الشاهد فيسلم ويرد عليه[1] .

ي – وآخر صورة لحفظ هيبة المجلس تتحدث عن كيفية الجلوس في مجلس الحكم، فقالوا:

يجلس الخصمان بين يدي القاضي ، ولا يتربعان[2] ولا يقعيان[3] ولا يحتبيان[4] ، ولو فعلا منعهما تعظيماً للحكم ، ويكون حالهما حال الجالس للتعلم بين يدي المعلم .

ويكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحو ذلك[5] .

٨– ومن الأصول المتعلقة بالقاضي ، أن يمنع الدخول عليه كثيراً ، ويمنع الركوب معه ، أو من يحف به من غير حاجة كانت لهم قبل ذلك ، إلا أن يكونوا

---

(١) انظر: (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٢٠، ٣٢١) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص١٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣) .

(٢) التربع : ضرب من الجلس ، جمع جلسه . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ص١١٠) .

(٣) الإقعاء : يقال أقعى الرجل في جلوسه ، تساند إلى ما وراءه ، وقد يقعي الرجل كأنه متساند إلى ظهره . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٥ص١٩٢) .

(٤) الاحتباء : هو أن يضم الإنسان رجليه إلى بطنه بثوب يجمعهما به مع ظهره ويشده عليه . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٤ص١٦١) .

(٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٦، ٣٠٧) .

أهل أمانة ونصيحة وفضل ، فلا بأس بذلك ، وإذا كانوا على غير هذا الوجه كبرت نفسه وعظم عنده سلطانه .

ويكفي القاضي في معرفته قبح حال الرجل أن يصحبه في غير حاجة ولا دفع مظلمة ولا خصومة ، وحق عليه أن يمنعه من ذلك ؛ لأنهم إنما يلزمون ذلك لاستشكال أموال الناس، لأنهم يُرُون الناس أن لهم عند القاضي منزلة ، ولهذا قالوا: من تردد إلى القاضي ثلاث مرات في غير حاجة ، فذلك جرحة في عدالته ، وأن يمنع من يجلس في دهليزه[1] لغير حاجة ؛ لأن ذلك مأكلة للناس ، وحيلة عليهم ، ولا يبيح مجلسه لمن يريد أن يتزين بمجالسته ، أو يتعلم أحكامه ، فإن ذلك من خلق المستأكلين، وإنما يجالسه الفقهاء والعدول الذين يحتاج إلى فقههم وشهادتهم[2] .

٩- أن يعتذر للمقضي عليه ، فبعد أن يظهر له وجه الحق ويحكم ، فإنه يعتذر للمقضي عليه ويبين له وجه قضائه ، ليكون ذلك أدفع لشكايته للناس ونسبته إلى أنه جار عليه ، وربما يفسد العامة عرضه وهو بريء[3] .

الفرع الثاني : المساواة :

وهذا من أهم المبادئ التي يجب أن تكتنف عملية التقاضي ، وهو من الأسس التي يقوم عليها القضاء في الإسلام ، ويقوم عليها كل صور الحكم . ولقد بلغ القضاء الإسلامي درجة ليس يفوقه فيها أحد في تحصيل هذا المبدأ .

ولقد نص على أهمية المساواة ووجوبها على القاضي كل العلماء ، فهو مما أجمع عليه العلماء[4] .

---

(١) الدهليز : فارسي معرب وهو ما بين الباب والدار ، والجمع دهاليز . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٥ص٣٤٩) .

(٢) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٧) .

(٣) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٧، ١٥٨) .

(٤) (العز/ قواعد الأحكام/ ج١ص١٧٣) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٩) (الزركشي/ المنثور في القواعد الفقهية / ج٢ص٦٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٦) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ ص١٢٠) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٤) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص٨٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٦١) .

أما الأدلة الشرعية على أهمية المساواة في القضاء ، فهي ما يلي :

١ - قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ ﴾[1].

فقال المفسرون في هذه الآية : أي وأن تحكموا بالإنصاف والسوية إذا قضيتم بين من ينفذ عليه أمركم . والآية خطاب لكل من وَلِي من أمر المسلمين شيئاً[2] ، وعلى رأسهم القاضي بعد الإمام الأعظم .

٢ - قوله تعالى : ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِٱلْبَيِّنَٰتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ ٱلْكِتَٰبَ وَٱلْمِيزَانَ لِيَقُومَ ٱلنَّاسُ بِٱلْقِسْطِ ﴾[3].

فالكتاب والميزان كما قال المفسرون : هو العدل[4] ؛ وذلك كان من مهمة الأنبياء والرسل ، فعظم هذه المهمة من عظم المرسل والرسول والرسالة ، والمساواة مقصدها العدل ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، ولا عدل في القضاء إلا بالمساواة .

٣ - قول رسول الله ﷺ : « من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه وإشارته ومقعده ومجلسه ، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين ما لا يرفع على الآخر »[5].

٤ - وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى أهل اليمن، فقلت: يا رسول الله ، إنك ترسلني إلى قوم ولا علم لي بالقضاء ، فوضع يده

---

(١) (سورة النساء ، آية ٥٨) .

(٢) (القرطبي/ تفسير القرطبي/ج٢ص٢٠٥) (السيوطي/ الدر المنثور/ج٢ص٥٧١) (الطبري/ تفسير الطبري/ج٥ ص١٤٤) .

(٣) (سورة الحديد ، آية رقم ٢٥) .

(٤) (الواحدي/ تفسير الواحدي/ ج٢ص١٠٧١) (البغوي/ تفسير البغوي/ ج٤ص٢٩٩، ٣٠٠) .

(٥) (سنن البيهقي الكبرى/ج١٠ص١٣٧/ح٢٠٢٤٤، ٢٠٢٤٥، ٢٠٢٤٦) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج٢٣ ص٣٨٦/ ح٩٢٣) (ج٢٣ص٢٨٤/ ح٦٢٢) (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٤ص٧٣) (الشوكاني/ نيل الأوطار/ج٩ص١٨١، قال : وفي إسناده عباده بن كثيرة وهو ضعيف) .

على صدري ، فقال : إن الله عز وجل سيهدي قلبك ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضي للأول حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يبين لك القضاء . قال علي رضي الله عنه : فما زلت قاضياً أو ما شككت في قضاء بعد[1] .

والحديث لا يستفاد منه جواز قضاء من ليس عنده علم ؛ لأن سيدنا علي رضي الله عنه لم يكن كذلك ، وإنما كان مراده من ذلك القول أنه لم يجرب سماع المرافعات بين الخصوم ، ولا كيفية هذه المرافعات ، ولا يعرف مكر الخصوم وحيلهم. ولا شك أنه لما بعثه كان عالماً بالكتاب والسنة كمعاذ رضي الله عنه[2] .

٥ - وقول عمر رضي الله عنه في رسالته المذكورة بداية هذا الفصل، فإنه قال فيها: « آس بين الناس في مجلسك ووجهك » ، ومعناه سوّ بين الخصمين ، والتآسي من التسوية[3] .

٦ - ومن الأدلة كذلك أن علياً كرّم الله وجهه استعدى عليه رجل إلى عمر ابن الخطاب، وكان علي جالساً في مجلس عمر بن الخطاب ، فالتفت عمر إلى علي ، وقال : قم يا أبا الحسن فاجلس مع خصمك ، فقام علي فجلس مع خصمه فتناظرا وانصرف الرجل ورجع علي إلى مجلسه فجلس فيه ، فتبين عمر التغير في وجهه ، فقال له : يا أبا الحسن ما لي أراك متغيراً ؟ أكرهت ما كان ؟ قال : نعم يا أمير المؤمنين . قال : ولم ؟ قال : لأنك كنيتني بحضرة خصمي ، فهلا قلت لي : قم يا

---

(١) (الترمذي/ الأحكام/ باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما/ ح١٣٣١) (أبو داود/ الأحكام/ باب كيف القضاء/ ح٣٥٨٢) (أحمد/ عن علي رضي الله عنه/ ح٧٤٧) (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٤ص٦٠) (المقدسي/ الأحاديث المختارة/ ج٢ص٣٨٨) (ابن سعد/ الطبقات الكبرى/ ج٢ص٣٣٧) .

(٢) انظر : (العظيم آبادي/ عون المعبود/ ج٩ص٣٦١) .

(٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٦١) .

يقول المطرزي في المغرب : ومعناه شارك بينهم في نظرك والتفاتك ، وقيل سوّ بينهم ، ومن روى آس من التأسية التعزية ، فقد أخطأ . (المطرزي/ المغرب/ ص٢٦) .

علي فاجلس مع خصمك ، فأخذ عمر برأس علي فقبل بين عينه ، ثم قال : بأبي أنتم ، بكم هدانا الله ، وبكم أخرجنا من الظلمات إلى النور[(١)] .

٧ - وروي أن عمر رضي الله عنه تقدم إليه خصمان فأقامهما ، ثم عادا فأقامهما ، ثم عادا ففصل بينهما ، فقيل له في ذلك ، فقال : تقدما إليّ فوجدت لأحدهما ما لم أجد لصاحبه ، فكرهت أن أفصل بينهما على ذلك ، ثم عادا فوجدت بعض ذلك له ، ثم عادا وقد ذهب ذلك ، ففصلت بينهما[(٢)] .

٨ - أن أبا هريرة رضي الله عنه كان يقضي ، فجاء الحارث بن الحكم[(٣)] فجلس على وسادته التي يتكئ عليها ، فظن أبو هريرة أنه لحاجة غير الحكم حضر ، فجاءه رجل وجلس بين يدي أبي هريرة ، فقال له : مالك ؟ قال : استأدى[(٤)] علي الحارث ، فقال أبو هريرة للحارث - وهو الأمير - : قم فاجلس مع خصمك ، فإنها سنة أبي القاسم ﷺ[(٥)] .

٩ - وفي مخاصمة عمر مع أبي بن كعب إلى زيد بن ثابت ، فأقسم عمر : لا يدرك زيد باب القضاء حتى يكون عمر ورجل من عرض المسلمين عنده سواء[(٦)] .

أما آثار من بعد الصحابة فكثيرة لا تعد كثرة[(٧)] ، واستقصاؤها صعب المنال .

---

(١) (ابن أبي جرادة/ بغية الطلب في تاريخ حلب/ ج٤ص١٧١٠) .

(٢) (القرطبي/ تفسير القرطبي/ ج١٥ص١٨٩) (الحكيم الترمذي/ نوادر الأصول في أحاديث الرسول/ ج٢ ص١٨٠).

(٣) الحارث بن الحكم الضمري ، ذكره ابن حبان في الثقات ، وذكر أنه من أهل المدينة .

(٤) استأدى عليه : استعدى . (الفيروزأبادي/ القاموس المحيط/ ص١٦٢٥) .

(٥) (الهيثمي/ بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث/ ج١ص٤٦٠) .

(٦) سبق تخريجه ، انظر ص٣٩٨ .

(٧) منها ما روي عن المهدي أمير المؤمنين مع قاضي البصرة عبيد الله بن حسن العنبري ، لما رأى القاضي أمير المؤمنين مقبلاً لمجلسه في خصومة ، فاطرق القاضي إلى الأرض حتى جلس مع خصومه مجلس المتحاكمين ، فلما انقضت الحكومة قام القاضي فوقف بين يديه ، فقال المهدي : والله لو قمت حين دخلت إليك لعزلتك .

ومنها أن قاضي المهدي وكان اسمه عافية (وهو عافية بن يزيد)، وكان عالماً زاهداً ، ، فطلب من المهدي أن يعفيه، فسأله عن السبب ، فقال : كان يتقدم إلي خصمان موسران وجيهان منذ شهرين =

أما مظاهر احترام هذا المبدأ في الأحكام القضائية ، فتظهر فيما يلي :

١- أن ينصف الخصمين في المدخل عليه[١] حتى لا يتهم بالجور .

٢- أن ينصفهما في الاستماع منهما ، وأن ينصت لكل واحد منهما حتى تنفذ حجته[٢] .

وقد ورد في رسالة سيدنا عمر : « فافهم إذا أدلى إليك الخصمان » ؛ فقيل : معناه اسمع كلام كل واحد من الخصمين وافهم مراده[٣] .

فإن لم يفعل فقد ارتكب حراماً ؛ يقول الإمام الشوكاني : « فإذا قضى قبل السماع من أحد الخصمين ، كان حكمه باطلاً ، فلا يلزم قبوله ، بل يتوجه عليه نقضه ، ويعيده على وجه الصحة ، أو يعيده حاكم آخر »[٤] .

ولا يخفى ما في ذلك من استواء الحكم على سوقه ، فإن القاضي وجد ليحكم بين خصمين ، فإن سمع من أحدهما على صورة لم يسمعها من الآخر ، كان ذلك قضاءً في غير محله ؛ لأن محل القضاء ما يسمعه من كلام الخصوم ، فإن اختل السماع من أحدهما وقع قضاؤه في غير محله .

وقد روي أن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه جاءه رجل قد فقئت عينه، فقال له عمر : تحضر خصمك ، فقال له : يا أمير المؤمنين ، أما بك من الغضب إلا

= في قضية مشكلة ، وكل يدعي بينة وشهوداً ، ويدلي بحجج تحتاج إلى تأمل وتثبت ، فوقف أحدهما من خبري على أني أحب الرطب السكر ، فعمد إلى جمع الرطب ، ورشا بوابي على أن يدخل الطبق إليّ ، فلما دخل إلي أنكرت ذلك وطردت بوابي برد الطبق ، فلما كان اليوم تقدم إلي مع خصمه ، فما تساويا في قلبي ولا في عيني ، فاقلني أقالك الله واعفني ، فاعفاه .

(ابن الجوزي/ المنتظم/ ج٩ص٥٢) .

(١) (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢٣١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٦) (الخرقي/ مختصر الخرقي/ ص١٤٤) (ابن قدامة/ عمدة الفقه/ ص١٥٩) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١١٩) .

(٢) (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢٣١) .

(٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٦٠) .

(٤) (العظيم آبادي/ عون المعبود/ ج٩ص٣٦٢) .

ما أرى ، فقال له عمر : فلعلك فقأت عيني خصمك معاً ، فحضر خصمه قد فقئت عيناه معاً ، فقال رضي الله عنه : إذا سمعت حجة الآخر بان القضاء[1] .

٣- أن يسوي بينهما في حسن الإقبال عليهما ، فلا يخص واحداً منهما بإقبال دون الآخر[2] .

٤- ألا يميل إلى أحدهما بالسلام فيخصه به ، ولا بالترحيب[3] .

٥- لا يسأل أحدهما عن حاله ولا عن خبره ولا عن شيء من أمورهما في مجلسهما ذلك[4] .

٦- لا يرفع صوته على أحدهما دون الآخر، ولا ينهر أحدهما دون الآخر[5]، إلا أن يكون أحدهما مستحقاً بذنب أو سوء أدب .

٧- لا يكلم أحدهما بلسان لا يعرفه الآخر[6] .

٨- لا يضيف أحدهما دون الآخر[7] .

وقد جاء رجل إلى علي رضي الله عنه فأضافه ، فلما فرغ قال : إني أريد أن أخاصم ، قال له : تحوّل ، فإن النبي ﷺ نهانا أن نضيف الخصم إلا ومعه خصمه[8] .

٩- ألا يزور أحدهما دون الآخر ، حتى وإن كان مريضاً[9] .

ذلك أن عيادة المريض سنة ، إلا أن الحفاظ على نزاهة القاضي وسمعة القضاء

---

(١) (ابن حزم/ المحلى/ ج٨ص٤٣٦) .

(٢) (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢٣١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٦) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٦) .

(٤) المرجع السابق .

(٥) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٧) (الشافعي/ الأم/ ج٦ ص٢٣١) .

(٦) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٩) .

(٧) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٩) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٦) (الشافعي/ الأم/ ج٦ ص٢٣١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٧) .

(٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٧) .

(٩) (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢٣١) .

أولى وهو واجب .

١٠- أن يسوي بينهما في النظر .

إلا أن يتعدّى أحدهما ، فلا بأس أن يسوء نظره إليه تأديباً له ، وهذا إذا علم الله تعالى منه أنه لو كان ذلك من صاحبه فعل به مثل ذلك[١] .

١١- أن يسوي بينهما في الخلوة ، فلا يخلو بأحدهما في منزله[٢] .

١٢- أن يسوي بينهما في الإشارة[٣] .

١٣- أن يستوي عنده الشريف والوضيع ، والحاكم والمحكوم .

حتى إنه إذا خاصم السلطان مع رجل ، فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ، فينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ، ويقعد هو على الأرض ، ثم يقضي بينهما[٤] .

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال : « إن الله لا يقدس أمة لا يأخذ الضعيف حقه من القوي وهو غير متعتع »[٥] .

١٤- ألا يزيد لأحدهما في جلوسه على الآخر شيئاً ؛ كوسادة ونحوها[٦] .

وقد روي أن عمر خاصم أبيّ بن كعب عند زيد بن ثابت ، فألقى زيد لسيدنا

---

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٦) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٩) .

(٢) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٩) .

(٣) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٩) .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٦) (ابن الناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٤) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٩).

(٥) (الحاكم/ المستدرك/ ج٣ص٢٨٧/ ح٥١١٧) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٦ص١٤٥/ ح١١٥٨١) (ج١٠ ص٩٣/ ح ١٩٩٨٨/ ج١٠ص٩٤/ ح١٩٩٩٠) (مسند الشافعي/ ص٣٨١) (الطبراني/ المعجم الأوسط/ ج٥ص١٦٣/ ح ٤٩٤٩) (ابن حجر/ تلخيص الحبير/ ج٣ص٦٣/ ح١٢٩٩) (ج٤ص١٨٣، ١٨٤/ ح٣٠٧٧) (الهيثمي/ مجمع الزوائد / ج٤ص١٩٧/ ج٥ص٢٠٨، ٢٠٩/ وقال : رواه الطبراني ورجاله ثقات ، وقال : رواه أبو يعلى ورجاله رجال الصحيح ...) .المتعتع:الذي يتردد في كلامه بالفاء وتسمى فأفاه (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص٩١٣)

(٦) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٩) .

عمر وهو أمير المؤمنين يومئذ بوسادة، فقال عمر رضي الله عنه: « هذا أوّل جورك، وجلس بين يديه »[1].

١٥- بل إن معاني المساواة زادت عن الحد الظاهر إلى الباطن ، فنص العلماء على أن القاضي يدني الضعيف حتى يشتد قلبه وينبسط لسانه[2] . وليس هذا تقديم للضعيف على القوي ظلماً وزوراً ، وإنما المراد هو حقيقة المساواة ؛ فالقوي يدنو بنفسه لقوته ، والضعيف لا يتجاسر على ذلك ، والقوي يتكلم بحجته وربما يعجز الضعيف عن ذلك ، فعلى القاضي أن يدني الضعيف ليساويه بخصمه حتى يقوى قلبه وينبسط لسانه فيتكلم بحجته .

١٦- وآخر مظاهر المساواة أن يسوي بين الخصمين في المجلس[3] .

وقد روي أن النبي ﷺ قضى أن الخصمين يقعدان بين يدي الحاكم[4] .

ويقول الشوكاني في معنى هذا ، إن هذه الهيئة مشروعة لذاتها لا لمجرد التسوية ، فإن التسوية ممكنة بدون القعود بين يديه ، كأن يقعد أحدهما عن يمينه والآخر عن شماله[5] ، ووجه المشروعية فيها ... قصد إعزاز الشريعة المطهرة، والرفع من منارها، وتواضع المتكبرين لها[6] .

إلا أن خلافاً حصل بين العلماء في المساواة بين الخصمين إذا كان أحد الخصمين ذمياً والآخر مسلماً ، فهل يسوى بينهما في المجلس ، وكان خلافهم على

---

(١) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٩) . والأثر سبق تخريجه ص٣٩٨ .

(٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٦٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٦) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص ٤٤، ٤٥) .

(٣) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٩) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص١١٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج ١ص٤٦) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٤) .

(٤) (أبو داود/ الأقضية/ باب كيف يجلس الخصمان بين يدي القاضي/ ح٣٥٨٨) (مستدرك الحاكم/ ج٤ ص١٠٦/ ح ٧٠٢٩) (سنن البيهقي الكبرى/ ج١٠ص١٣٥/ ح٢٠٢٤٣) (أحمد/ عن عبد الله بن الزبير/ ح١٥٦٧٢) .

(٥) إلا أن القعود على هذه الهيئة ليس فيه تسوية ؛ فاليمين أفضل قطعاً ، يقال : جعل فلان على يمنيه ، ونص العلماء أنه إذا أجلسهم على هذه الصفة لم يكن قد سوى بينهما . (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٦) .

(٦) (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٩ص١٨١) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص١١٦، ١١٧) .

قولين :

القول الأول : أنه لا يسوي بينهما ، بل يرفع موقف المسلم على موقف الكافر . وبه قال المالكية[1] .

وذكر بعض المالكية أنهما يجلسان جميعاً بين يديه ، ويتقدمه المسلم بالشيء اليسير . وبه قال اللخمي[2] .

واستدل هذا الفريق بما يلي :

١- أن علياً رضي الله عنه تخاصم مع يهودي ذمي عند شريح ، وجلس مجلساً غير مجلس الذمي ، فقال علي رضي الله عنه : « لو كان خصمي من المسلمين لساويته في المجلس ، لكن سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا تساووهم في المجلس »[3] .

٢- أن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه[4] .

---

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٦) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٤) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص١١٧) .

(٢) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٦) .
واللخمي : أبو الحسن بن محمد الربعي ، فقيه مالكي ، توفي ٤٧٨هـ ، له كتب متعددة أحسنها تعليقه على المدونة، أصله من قيروان ، ونزل صفاقس ، وتوفي بها ، وهو أحد الأئمة الأربعة المعتمدة ترجيحاتهم في مختصر خليل .

(٣) (ابن حجر/ لسان الميزان/ ج٢ص٣٤٢) (الشوكاني/ نيل الأوطار/ ج٩ص١٨١) (الصنعاني/ سبل السلام/ ج٤ص ١٢٥) (ابن الجوزي/ العلل المتناهية/ ج٢ص٨٧١) (ابن حجر/ تلخيص الحبير/ ج٤ص١٩٣/ ح٢١٠٥) .
وقال أبو نعيم : غريب من حديث الأعمش عن إبراهيم ، تفرد به حكيم ، ورواه أولاد شريح عنه عن علي نحوه ثم ساقه بإسناده من طريق علي بن عبد الله بن معاوية بن ميسرة عن شريح وعلي بن عبدالله . ذكره الذهبي في (الميزان/ ج٢ص٣٥٣) ، وذكر له قصة ثم قال : قال أبو حاتم الرازي : كتبت هذا لا يسمعه من هذا الشيخ ثم تركته لأنه موضوع . وذكره الذهبي في الميزان في ترجمة أبو سمير حكيم بن خذام وقال إنه متروك الحديث ، وقال البخاري : منكر الحديث ، وقال الشوكاني بعد أن ذكره : منكر ، وقال ابن الصلاح : لم أجد له إسناداً ثابتاً .
انظر : (تخريج أحاديث ظفر اللاضي/ ص١١٥) . ورواه ابن الجوزي في العلل ، وقال : لا يصح .

(٤) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص١١٧) .

القول الثاني : أنه يسوي بينهما في المجلس . وهو قول الجمهور[1] .

فإن أبى ذلك المسلم وهو الطالب ، فلا يحكم له ولا ينظر في أمره حتى يتساويا في المجلس ويرضى بالحق . وإن كان هو المطلوب قال القاضي للمسلم : إما تساويه في المجلس وإلا نظرت له ولم ألتفت إليك ولم أسمع منك ، فإن فعل نظر له[2].

إلا أنه لا يجب عليه التسوية بينهما بالقلب[3] .

واستدل هذا الفريق بما يلي :

١- أن رسول الله ﷺ قضى أن الخصمين يقعدان بين يدي الحاكم[4] . ولا مخصص .

٢- أن النصوص الواردة بالمساواة عامة ولا مخصص[5] .

٣- أن قول عمر : « آس بين الناس في مجلسك » ، يشمل صاحب كل ملة ، فاسم الناس يتناول الكل[6] .

٤- أن أبا يوسف رحمه الله قال في مناجاته عند موته : « اللهم إن كنت تعلم أني ما تركت العدل بين الخصمين إلا في حادثة واحدة ، فاغفرها لي » ، قيل: وما تلك الحادثة ؟ قال: « ادّعى نصراني على أمير المؤمنين دعوى فلم يمكنني أن آمر الخليفة بالقيام من مجلسه والمحاباة مع خصمه ، ولكني رفعت النصراني إلى جانب البساط بقدر ما أمكنني ، ثم سمعت الخصومة قبل أن أسوي بينهما في المجلس ، فهذا

---

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٦) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص ٦١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٤) .

(٢) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٦١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٣٠٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٦) .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٦) .

(٤) سبق تخريجه . انظر ص٤٤٦ .

(٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٦) .

(٦) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٦١) .

كان جوري »[1].

الرأي المختار :

لا بد بداية من التأكيد على أن المشركين نجس كما ذكر الله تعالى ، ونجاستهم نجاسة اعتقاد وهي أخطر وأقوى من نجاسة الأبدان ، وهم يجمعون بينهما . وهذا مما لا يقبل النقاش ولا الجدال .

ولو تظافر مع هذا المعنى نص يؤكد عدم المساواة في مجلس القضاء لكان الاختيار بين القولين واضحاً ، إلا أن هذا النص مفقود .

فما روي عن سيدنا علي لا يصح الاحتجاج به سنداً ، في البداية ، لما نقلت من أقوال العلماء فيه ، فإسناده ضعيف ، بل وساقط .

إلا أنه مع افتراض صحته ، يحوي نصاً عاماً قد يشمل مجلس القضاء وقد لا يشمله ، وقد خصص بفهم سيدنا علي رضي الله عنه ، فهو اجتهاد منه ، إلا أن هذا الاجتهاد معارض بأدلة أخرى . ولا بد من التوفيق بينها ، ولضعف الأثر المنقول فلا حاجة للتوفيق .

ولذا كان القول الثاني هو الأصح نقلاً وعقلاً ، إلا أن قولهم إنه لا يجب عليه التسوية بينهما بالقلب ، لا يعني ذلك أن يظلم الذمي لحساب المسلم ، وإنما المقصود والله أعلم : أن الميل القلبي عند القاضي لا بد وأن يكون للمسلم فطرة ، فإن أوجبنا عليه أن يسوي فيما لا يملكه ، كان الإيجاب في غير محله ، ولذا قالوا : لا يجب عليه التسوية بالقلب بينهما .

أما قول الفريق الأول : إن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ، فهذا ليس فيه دلالة على ما نختلف فيه ؛ فإن مساواة الخصمين أمام القضاء حتى وإن كان أحدهما ذمياً ، لا يعني أن الإسلام قد علاه شيء ، فيصح استدلالهم ولو جزئياً إن قلنا إن الذمي يعلو المسلم ويرتفع فوقه ، ولكننا لم نقل به ، وإنما هي المساواة ، ثم إن العلو لا يفسر

---

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٦) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٦١) .

بظاهره ، وإنما المقصود حقيقة العلو ، إذ لو كان الظاهر مراداً لمنعنا الذمي من صعود جبل أو شجر ؛ لأنه يعلو على مسلم قطعاً ، وهذا باطل .

ثم إن الموطن الذي نتكلم بالمساواة بينهما فيه هو في مجلس القضاء ، ومجلس القضاء له خصوصية في كل شيء حفاظاً على العدل ، وبيان ذلك أن النصوص جعلت للناس منازل كالعلماء والأئمة والولاة ، إلا أن هذه القاعدة تركت في القضاء لخصوصية هذا المجلس .

وكذلك أن القاعدة العامة أن المسلم له على أخيه المسلم حقوق كعيادة مريض والسلام عليه ورد السلام كذلك وغيرها ، إلا أنها تركت في القضاء لخصوصية هذا المجلس .

والأمثلة على ذلك تترى في أن مجلس القضاء جاء بخصوصية منصوص عليها، والمقصد من هذه الخصوصية ضمان العدل واتباع الحق ، ولا يكون ذلك بعدم المساواة بين المسلم والذمي في المجلس ، فمن خصوصية مجلس القضاء أن يتساوى فيه من ليسوا بسواء خارجه .

وأخيراً ، فإن مقصد القضاء إرجاع الحقوق لأصحابها ، ووسيلة ذلك الحجج والبراهين، ومنع الفقهاء كل ما يؤدي إلى منع الخصم من طرح حجته سواء منعه عن الكلام ، أو إيذائه بكلام أو نظرة أو صياحٍ أو غيرها ، فكيف يمكن للخصم أن يطرح حجته بطلاقة دون وجلٍ أو خوف ، وهو يرى خصمه متقدماً عليه ، فسيعلم عندها أن القضاء متحيز من بداية التحاكم ، وأنه سيؤدي إلى الظلم في نهايته . والظلم ممنوع حتى لو كان المظلوم ذمياً .

وسيدنا عمر يقول : « حتى لا يطمع شريف في حيفك ، ولا ييأس ضعيف من عدلك » ؛ **فما ينبغي أن يطمع المسلم لشرف دينه في حيف القاضي في إجلاسه متقدماً، وما ينبغي أن ييأس الذمي لخساسة دينه من عدل القاضي في إجلاسه متأخراً .**

المطلب الثالث

أعـوان القضـــــاء

أعوان القضاء : مجموعة من أهل الاختصاص والخبرة فيما يوكل إليهم من أمور لها تعلق بعملية التقاضي ، ووظيفتهم مساعدة القاضي ومساندته ومعاونته على حسن سير العملية ، للوصول إلى العدل المنشود .

وقبل الحديث في أنواع هؤلاء الأعوان ، لا بد من التعريج على مواصفاتهم العامة ، والفائدة من وجودهم .

فقد اشترط العلماء في مجموع الأعوان الثقة والأمانة ، خوف الخيانة ، كرشوة أو استغلال الحاجات ، وحفاظاً كذلك على الأعراض في حالة مخاصمة النساء[1] .

والأعوان للقاضي كالبطانة للحاكم ، فعليه تجنب بطانة السوء ، فإن أكثر ما يؤتى عليهم من ذلك[2] .

ونصب الأعوان هو من وسائل الوسائل كما ذكر الإمام العز رحمه الله[3] .

والحاجة داعية إلى وجودهم ، ينفذون على من أبى وعلى من ألدّ أمر القاضي ونهيه ، ويردعون من تعرض له ، ويزجرون من ينبغي زجره من المتخاصمين ، ويكونون له عوناً على ما يهم به ويأمر فيه من تمشية الحق ، والأخذ على يد الظالم ، والسعي في مسائل الخصوم إذا احتيج إلى ذلك[4] .

وقد كان الحسن البصري[5] رحمه الله ينكر على القضاة اتخاذ الأعوان ، فلما

---

(١) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص١٠٥) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥٩) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٦) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٣٥) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص١٠٥).

(٣) (العز/ قواعد الأحكام/ ج١ ص٥٠) .

(٤) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥٩) .

(٥) الحسن البصري: الحسن بن يسار البصري ، حبر الأمة في زمانه ، تابعي جليل ، وأحد العلماء الفقهاء الفصحاء النساك ، توفي ١١٠هـ . (الزركلي/ الأعلام/ ج١ ص٢٢٦) .

ولي القضاء وشوش عليه ما يقع في الناس عنده قال : « لا بد للسلطان من وزعة »[1] .

وخلو الزمان الأول منهم لا يعني امتناع وجودهم وجوازه فيما بعد ؛ يقول الإمام الكاساني : « وروي أن سيدنا عمر رضي الله عنه كان يقضي في المسجد ، فإذا فرغ استلقى على ظهره وتوسد بالحصى ، وما كان ينقص ذلك من حرمته ... والناس يهابونه غاية المهابة ، فأما اليوم فقد فسد الزمان وتغير الناس ، فهان العلم وأهله ، فوقعت الحاجة إلى هذه التكليفات للتوسل إلى إحياء الحقوق وإنصاف المظلوم من الظالم »[2]. وكان هذا القول منه في معرض بيان الحاجة إلى الأعوان .

ولا يعني قول الإمام الكاساني هذا أن القاضي لم يكن له أعوان، بل كان، والنصوص التي أوردتها من صور للقضاء في العهود المتقدمة تدل على وجود الأعوان ، إلا أن الذي يقصده هو توظيفهم بهذه الوظيفة ، فالاتخاذ لم يكن معروفاً كما في الزمن الحاضر ، ألا أن الحاجة في زماننا تدعو إليه على نحو أكثر من أي زمن آخر .

وقد ذكر العلماء أن الأعوان لهم مكان في مجلس القضاء ، فيكونون بعيدين عن القاضي؛ لأنهم وُجدوا لأجل الهيبة ، وهذا أهيب[3] . وهذا فيمن وجد لحفظ النظام في مجلس القاضي ، أما غيرهم فلكل موضعه الذي يناسب وظيفته .

وفي ضبط سلوكهم ذكر العلماء أنهم مأمورون بأن لا يعاملوا الناس بشيء من الجفاء والشراسة من قول ولا فعل ، بل ينزلون كل واحد منزلته ويرفقون بالضعيف والمرأة ، ويبادرون إلى قضاء حوائجهم ، ويظهرون الشفقة عليهم[4] .

---

(١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥٩) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٦) .

(٢) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص١٢) .

(٣) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٨) .

(٤) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٦٠) . ويقول ابن المناصف في هذا الصنف : « وما أقل وجود هؤلاء الآن ، وإن أحوال هذا الصنف كلها عكس ما وصف ، فعلى القاضي التماس من غلب عليه الخير منهم ، ووجدت فيه أكثر هذه الصفات » .

أما أنواع هؤلاء الأعوان ، فكما يلي :

١ - البواب والحاجب . فللقاضي أن يتخذ بواباً وحاجباً، يمنع الخصوم من الازدحام[١]، والهدف من وجوده ليس منع دخول الناس ، فإن كان لذلك فلا يحل اتخاذه[٢] .

أما الحديث المروي في منع الاحتجاب ، وهو برواية أبي داود ، أن النبي ﷺ قال : « من ولاّه الله شيئاً من أمر المسلمين فاحتجب دون حاجتهم وخلتهم وفقرهم، احتجب الله عنه دون حاجته وخلته وفقره »[٣]. فالحديث يدل على منع الحاجب إن كان لمنع الوصول لا لترتيب الوصول . فقد استحب العلماء الحاجب لترتيب الخصوم ومنع المستطيل منهم ودفع الشر ، والقاضي لو أنه لم يحتجب لدخل عليه الخصوم وقت طعامه وشرابه وخلوه بأهله وصلاته الواجبة ، وجميع أوقات ليله ونهاره[٤] .

ووسيلة الترتيب متروكة لكل زمان ومكان ، إلا أن العلماء ذكروا نماذج من هذه الوسائل ؛ منها : أن يجعل ببابه من يرقم الواصلين من الخصوم الأول فالأول ، ثم يدعوهم إلى مجلس حكمه كل خصمين على حدة[٥] .

---

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٢٠) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ص١٧٨) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٠٣) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص١٠٣) .

(٢) يقول أحمد بن عبد ربه - صاحب كتاب العقد - :

ما بال بابك محجوب ببواب ∴ تحميه من طارق يأتي ومنتاب

لا تحجب وجهك الممقوت من أحد ∴ فالمقت يحجبه من غير حجاب

واعزل عن الباب من قد ظل يحرسه ∴ فإن وجهك ظلم على الباب

انظر : (القلعي/ تهذيب الرياسة وترتيب السياسة/ ص٢٥١، ٢٥٢) .

(٣) سبق تخريجه . انظر ص٤٠٨ .

(٤) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص١٠٣) .

(٥) (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢٣٢) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٢١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٨) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص١٠٥) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٧) .

ومنها : أن تكتب أسماؤهم في بطائق وتنظم في خيط على ترتيب وصولهم ، فإذا شرع في النظر ابتدأ من الطرف الذي فيه الأول ثم استخرجها كذلك على الترتيب ، وكان سحنون يفعل هذا[1] .

وقال البعض : إن الترتيب يكون بحسب القرعة ، فتجمع البطائق سوياً ، ثم تخلط ، فمن خرجت بطاقته بدئ به[2] .

وهذا ليس من العدل ، إلا أن يكون الخصوم قد أتوا سويّة دون معرفة الأول بينهم ، فهذا صحيح ؛ لأن الفقهاء نصوا أنه لا يقدم رجلاً جاء قبله غيره[3] .

٢- صاحب المجلس . أو الشرطي ، وهو من يحفظ الأمن والنظام في جلسة المحكمة ، وله أسماء عديدة ، ومنها الجلواز والشرطي والعريف ، وأشهرها صاحب المجلس .

ويكون معه سوط الأدب ، ويمنع الناس من التقدم بين يديه في غير وقتهم ، ويمنعهم من إساءة الأدب[4] .

٣- للقاضي أن يتخذ من يعتمد عليه في إخباره بأحواله وتعريفه بسيرته[5] ، ليجتنب بذلك ما ينبغي اجتنابه ، وهو نوع من أنواع التقييم الذي يمارسه القاضي ليتدارك ما وقع فيه وما فاته من الزلات .

٤- الكاتب : وينبغي أن يكون صالحاً عفيفاً ، لا ذمياً ولا عبداً ولا صبياً ، ولا ممن لا تجوز شهادته ، ويقعده بحيث يراه أهلاً للشهادة .

وإن اضطر إلى غير عدل نظر فيما يكتب ولا يكله إليه . ونص البعض أن

---

(١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٤٧) .

(٢) (المرجع السابق) . وذكر أنه إذا تعدد خصوم الشخص الواحد فيقدم في خصامه مع واحد فقط ، إلا في سائر مطالبه مع الخصوم . (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢٣٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٨) .

(٣) (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢٣٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص١٠٥).

(٤) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٢١) .

(٥) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٦١) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج١ص١٤) .

ذلك شأنه معه حتى وإن كان عدلاً ، فإنه ينظر إلى ما يكتبه[1] .

٥- المزكون : فيختار القاضي من يزكي عنده الشهود ، وأنه ينصب لذلك رجلين يسألان له عن الشهود ، ويكون كشفهم في السر[2] .

وقد ندب العلماء أن لا يعرف الناس من ينصبه القاضي لذلك ، ضماناً للحصول على المعلومات المطلوبة دون زور أو باطل .

وأن هؤلاء المزكين لا يسألون واحداً أو اثنين ، بل أكثر من ذلك ، وذلك تحسباً من أن يزكيه أهل مودته ، أو أن يجرحه أهل عداوته .

وذكروا أنه إذا أعلم المكشف أو المزكي القاضي بما صح عنده من عدالة أو جرح قبله وعمل به إن كان واحداً ؛ لأنه ليس من باب الشهادة ، وإنما هو وكيل له. والاثنين أولى[3] .

أما صورة التزكية :

« فإنه يأمر بكتابة أسمائهم وكناهم ونسبهم ، ويرفعون فيها بما يتميزن به عن غيرهم ، ويكتب صنائعهم ومعايشهم وموضع مساكنهم وصلاتهم ، ليسأل عن جيرانهم وأهل سوقهم ومسجدهم ومحلتهم ونحلتهم ، فيكتب أسود أو أبيض أو أنزع أو أغم أو أشهل أو أكحل ، أقنى الأنف أو أفطس أو رقيق الشفتين أو غليظهما ، طويل أو قصير أو ربعة ، ونحو هذا ، ليتميز ولا يقع اسم على اسم ، ويكتب اسم المشهود له والمشهود عليه وقدر الحق، ويكتب ذلك كله لأصحاب مسائله لكل واحد رقعة »[4] .

---

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٥) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٦/ ج٢ص١٥٠) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥٦) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٠٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٦) .

(٣) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٥٧) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٠٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٦) .

(٤) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٠٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٦) .

وما ذكره كان من صفات الإنسان ؛ الأنزع : الذي انحسر الشعر عن أعلى جبينه ، والأغم : الذي يأخذ الشعر جميع وجهه ، الأشهل : يشوب سواد عينيه زرقة وقيل حمرة ، الأكحل : شديدة السواد ، أقنى الأنف : من احدودب وسط أنفه مع سبوغ طرفه ، الأفطس : من انبطح أصل أنفه إلى وسط =

٦ – أن يتخذ مترجماً : ويشترط فيه العدالة والصلاح التام .

قال مالك : « وإذا اختصم إليه من لا يتكلم بالعربية ولا يفهم عنه ، فليترجم عنه ثقة مسلم مأمون »[١]. ويجوز أن تكون امرأة عدل إن لم يجد من الرجال من يترجم له[٢] .

وهل يكفي الواحد أم لا بد من الاثنين ؟ فيه خلاف :

فمن قال إن المترجم شاهد اشترط اثنين كسائر الشهود ، ومن قال إنه مخبر لم يشترط الاثنين ، بل قال يكفي الواحد والاثنين أحسن ؛ لأن الإخبار لا يحتاج إلا إلى ثقة مأمون حتى يقبل .

وقال بالأول الحنفية[٣] و المالكية [٤].

وقال بالثاني الشافعية [٥] وبعض الحنفية [٦].

واستتبع ذلك عند الشافعية ومن وافقهم عدم قبول ترجمة الوالد والولد ، ولا المرأة في الحدود والمناكح ؛ لعدم قبول شهادتهم في ذلك[٧] .

= أنفه، الربعة : من ليس بالطويل ولا بالقصير . انظر كل هذه الصفات وغيرها في (السمرقندي/ رسوم القضاة/ ص١٢٩ وما بعدها) .

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٦) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣١٠) .

(٢) (محمد بن الحسن/ الجامع الصغير/ ص٤٠١) (الدردير/ الشرح الكبير/ ج٢ص٤٩٧) .

(٣) المراجع السابقة.

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٦) .

(٥) (الشربيني/ الإقناع / ج٢ص٦٤٠) (الشرواني/ حواشي الشرواني/ ج١٠ص١٣٤) (الغزالي/ الوسيط/ ج٧ص٣٠٠)

(٦) (محمد بن الحسن/ الجامع الصغير/ ص٤٠١) (الدردير/ الشرح الكبير/ ج٢ص٤٩٧) .

(٧) (الشربيني/ الإقناع / ج٢ص٦٤٠) (الشرواني/ حواشي الشرواني/ ج١٠ص١٣٤) (الغزالي/ الوسيط/ ج٧ص٣٠٠)

المبحث الثالث

أصول البينات الجزائية

هذا المبحث ليس المقصود منه حصر البينات الجزائية أو بيان جميع أحكامها ، لأنه خارج عن موضوع البحث ، إلا أن المقصود منه إنما هو بيان الأصول المتعلقة بالبينات الجزائية .

وتختلف هذه الأصول بحسب نوع البينة ، فمنها ما يشمل جميع هذه البينات ، ومنها ما يختص بنوع دون بقية الأنواع .

ونظراً لخطورة الأحكام الصادرة في الجزائيات ، تشدد الشارع في البينات الجزائية ، ويظهر هذا التشدد أكثر ما يظهر في حدود الله تعالى وحقوقه ، سعياً لدرء الحدود عن عباد الله؛ لقول النبي ﷺ : « ادرءوا الحدود بالشبهات »[1] .

إلا أن مبدأ الدرء لا يعني انعدام العقوبة ، بل لا بد من التعزير ، وعلى ذلك جمهور العلماء كما سبق وأن ذكرنا ، وبه أخذت قوانين الإجراءات الجزائية في الدول التي تحكم بالشريعة[2] .

وقد جاء هذا المبحث موزعاً على المحاور التالية :

المطلب الأول : الشهادة .

المطلب الثاني : الإقرار .

المطلب الثالث : اليمين .

المطلب الرابع : الأصول المشتركة لكل البينات الجزائية .

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص٢٨٦ .

(٢) انظر : (حسن حمادي/ قضاء الحدود والقصاص والديات/ ص٣٩٦) .

المطلب الأول

الشهـــــادة

الشهادة وسيلة من وسائل إثبات الحقوق ، سواء أكان الحق لله أم لآدمي ، أم كان الحق مشتركاً . وموضوع الشهادة باب مستقل في القضاء ، إلا أن الذي يهمنا منها بعض الإجراءات التي تدخل ضمن أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، وخصوصاً الإجراءات التي بحثها الفقهاء بصفة خاصة لأنها تتعلق بالحدود والقصاص[1] ، وهذه الأصول كما يلي :

اشترط العلماء في الأشخاص الذين يشهدون في الحدود والقصاص على وجه التحديد عدة شروط ، وسنلمح اختلافاً حتى بين أنواع الجرائم ، فما هو حق الله يختلف في وسائل إثباته عما هو حق مشترك ، وهذا ما أخذت به كذلك القوانين الحديثة في الإجراءات الجزائية الشرعية[2] . ومن هذه الشروط :

١ - اشتراط الذكورة في شاهد الحدود والقصاص :

فيرى جمهور الفقهاء أن شهادة المرأة في الحدود والقصاص لا تقبل ، ولا حتى اشتراكاً مع الرجال ، وسواء أكنّ قليلات أم كثيرات[3] .

---

(١) ومن هذه الأصول : حكم شهادة الأعمى ، وشهادة كثير اللهو ، والعبيد ، والأخرس ، والطفل غير البالغ دون الصبي ، والكافر ، والفاسق ، وحد العدالة ، والوالد لولده ، والأصول للفروع ، والفروع للأصول ، والعدو على عدوه ، والزوج لزوجته ، والزوجة لزوجها .
فكلها أصول اختلف العلماء حولها ، وأكثر ما أوردها الفقهاء في الخلافات المالية .
انظر : (محمد الطاهر / متطلبات الشهادة على المشهود عليه/ مع تحقيق رسالة نعوت الشاهد لأبي القاسم عظوم) .

(٢) انظر : (حسن الحمادي/ قضاء الحدود والقصاص والدية/ ص٣٩٦) .
ومن هذه الأصول أن أدلة الزنى بالإكراه ليست ذات الأدلة في الزنى بغير إكراه ؛ لأن الأول حق مشترك ، والآخر حق لله تعالى خالص .

(٣) انظر : (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٤٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٣٢) (ابن رشد/ بداية المجتهد/ ج٢ص ٤٢٥) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص١٢٩) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ ص٢٠٩) (البابرتي/ العناية/ ج٧ ص٣٦٩) .

وخالف أهل الظاهر ومعهم الشيعة الإمامية[1]، وقالوا : تقبل إذا كان معهن رجل ، وكانت النساء أكثر من واحدة .

وعند الإمامية إذا شهد ثلاثة رجال وامرأتان فإنه يرجم ويجلد بشهادتهم ؛ أما إذا شهد رجلان وأربع نساء ، فلا تقبل هذه الشهادة في الرجم وتقبل في الجلد[2] .

واستدلوا بظاهر الآية الآمرة بقبول الشهادة في الحدود[3] .

أما الجمهور فاستدلوا بعدة أدلة :

أ - بقوله تعالى : ﴿ فَٱسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ﴾[4].

وقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾[5].

فالآيتان نص في العدد ونص في الذكورة ، لقوله شهداء ، ولقوله أربعة[6] . فالظاهر أنهم أرادوا أن الأول جمع للمذكر ، والثاني عدد مؤنث لمعدود مذكر ، وهم الشهود . وهذا كله يثبت الذكورة[7] .

ثم إن لفظ الأربعة محدد ، ولو أننا أشركنا النساء في الشهادة ما أمكن أن يكون الشهود أربعاً في أي حال ؛ فإن رسول الله ﷺ يقول : « أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل ... » الحديث[8] . فإن شهدت امرأتان مع ثلاثة رجال

---

(١) (ابن حزم/ المحلى/ ج٨ص٤٨٥) (المحقق الحلي/ شرائع الإسلامي/ ج٤ص١٢٥) (الجبعي/ الروضة البهية/ ج٣ص١٤٠) .

(٢) (المحقق الحلي/ شرائع الإسلام/ ج٤ص١٢٥) (الجبعي/ الروضة البهية/ ج٣ص١٤٠) .

(٣) انظر : (ابن رشد/ بداية المجتهد/ ج٢ص٤٢٥) (ابن حزم/ المحلى/ ج٨ص٤٨٥) .

(٤) (سورة النساء ، آية رقم ١٥) .

(٥) (سورة النور ، آية رقم ٤) .

(٦) (البابرتي/ العناية/ ج٧ص٣٦٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٥) .

(٧) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٥) .

(٨) (البخاري/ الحيض/ باب ترك الحائض الصوم/ ح٣٠٤) (مسلم/ الإيمان/ باب بيان نقصان الإيمان بنقص الطاعات/ ح٨٠) (الترمذي/ الإيمان/ باب ما جاء في استكمال الإيمان وزيادته ونقصانه/ ح٢٦١٣) (أبو داود/ السنة/ باب الدليل على زيادة الإيمان ونقصانه/ ح٤٦٧٩) (ابن ماجه/ الفتن/ باب فتنة النساء/ ح٤٠٠٣) (الدارمي/ الطهارة/ باب الحائض تسمع السجدة فلا تسجد/ ح١٠٠٧) (أحمد/ عن ابن عمر/ ح٥٣٢١/ وعن أبي هريرة/ ح٨٦٤٥) .

كانوا خمسة ، وإن شهدت أربع نسوة مع رجلين كانوا ستة ، فكانت الآية نصاً في الذكورة .

ب – ما روي عن الزهري أنه قال : « مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده ، أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص »[1].

ج – أن في شهادة المرأة شبهة البدلية ، لقيامها مقام شهادة الرجال في غير الحدود ، فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات[2] .

وقولهم شبهة البدلية ؛ لأن شهادتهن مقبولة عند الحنفية مع إمكان وجود الرجلين .

والراجح هو رأي الجمهور في ذلك، إلا أنه لا بد من التنبيه على أن هذا الحكم خاص بما هو حق لله ، أما إن كان فيما هو حق للعبد من مهر للمزني بها ، ومن غرم المسروق ، فإن حكمه كالأموال ، فتشهد المرأتان بدلاً من رجلٍ واحدٍ .

٢- اشتراط البلوغ في شاهد الجراح :

اختلف العلماء في قبول شهادة الصبي غير البالغ في الجراح . على فريقين :

الفريق الأول : يرى منع ذلك . وهو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية، وهو رأي ابن عباس والقاسم وسالم وعطاء[3] ومكحول[4] وابن أبي

---

(١) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٦٦) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص٥٣٣/ ح٢٨٧١٤) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج ٦ ص٢٧٩) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص٩٢) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص٢٠٨) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٧ص٣٦٩) (البابرتي/ العناية/ ج٧ص٣٦٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٥) .

(٢) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص٢٠٩) (البابرتي/ العناية/ ج٧ص٣٦٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ ص٥) .

(٣) عطاء : ابن أبي رباح القرشي .

(٤) مكحول : أبو عبد الله مكحول بن عبد الله ، كان مولى لامرأة من بني قيس ، وكان سِنْدياً لا يفصح . توفي سنة ١١٣هـ ، وقيل : ١١٦هـ ، وكان معلم الأوزاعي ، وعدّه الزهري من العلماء المشهورين . (الشيرازي/ طبقات الفقهاء/ ص٧٠) .

ليلى، والأوزاعي[1] والثوري[2] وإسحاق[3] وأبو عبيد[4] وأبو ثور[5][6]. واستدلوا بما يلي :

أ - أن الله تعالى يقول : ﴿ وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ﴾[7].

وقال تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾[8] ، وقال تعالى : ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾[9]. والصبي ليس برجل ولا يوصف بالعدالة، ولا هو ممن يرضى من الشهداء[10].

ب - أن الله تعالى يقول : ﴿ وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ ﴾[11].

---

(١) الأوزاعي : عبد الرحمن بن عمر بن محمد الأوزاعي ، ويكنى بأبي عمر ، إمام أهل الشام ، قيل إنه أجاب في سبعين ألف مسألة ، توفي سنة ١٧٥هـ في بيروت . (ابن خلكان/ وفيات الأعيان/ ج٣ ص١٢٧) .

(٢) الثوري : الإمام سفيان بن سعيد الثوري .

(٣) إسحاق : إسحاق بن أبي الحسن إبراهيم ، أبو يعقوب بن راهويه ، جمع بين الحديث والفقه ، أحد الأئمة الأعلام، ولد سنة ١٦١هـ، ت سنة ٢٣٧هـ . صاحب السبعين ألف حديث. (ابن خلكان/ وفيات الأعيان/ ج١ص١٩٩) .

(٤) أبو عبيد : القاسم بن سلاّم البغدادي ، صاحب التصانيف ، قال ابن راهويه : الحق يجب لله ، أبو عبيد أفقه مني وأعلم . وقيل : إنه أول من صنف في غريب الحديث ، وله كتاب الأمثال ، وكتاب الأموال . ولد في ١٥٤هـ ، وتوفي ٢٢٤هـ .

(٥) أبو ثور : إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي ، من فقهاء بغداد ، أخذ الفقه عن الإمام الشافعي . قال عنه الإمام أحمد : هو عندي كسفيان ، وهو أحد أئمة الدنيا فقهاً وعلماً ، توفي سنة ٢٤٠هـ .

(٦) انظر : (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٦٦) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٣٩) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٤٧٥) (ابن رشد/ بداية المجتهد/ ج٢ص٤٢٤) .

(٧) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٨٢) .

(٨) (سورة الطلاق ، آية رقم ٢) .

(٩) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٨٢) .

(١٠) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٦٧) .

(١١) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٨٣) .

فأخبر سبحانه وتعالى أن الشاهد الكاتم لشهادته آثم ، والصبي لا يأثم ، فدلَّ على أنه ليس بشاهد ، ثم إن مثله لا يتحرز من الكذب ، فلا يحصل الوثوق بقوله[1].

ج - أن الصبي لا يقبل قوله على نفسه في الإقرار ، فلا تقبل شهادته على غيره من باب أولى[2] .

الفريق الثاني : وهو قول مالك ، ورواية عن أحمد رضي الله عنهما ، أن شهادة الصبي تقبل في الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحالة التي تجارحوا عليها ؛ لأن الظاهر صدقهم وضبطهم ، فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم ؛ لأنه يحتمل أن يلقنوا[3] .

وروي عن الزهري قوله: « إن شهادتهم جائزة، ويستحلف أولياء المشجوج ».

وروي عن علي كرم الله وجهه ، أن شهادة بعضهم تقبل على بعض ، وروي أن ذلك قول شريح والحسن والنخعي[4] .

وروى الإمام أحمد بإسناده عن مسروق قوله : « كنا عند علي فجاءه خمسة غلمة فقالوا : إنا كنّا ستة غلمة نتغاط[5] ، فغرق منا غلام ، فشهد الثلاثة على الاثنين أنهما أغرقاه ، وشهد الاثنان على الثلاثة أنهم أغرقوه ، فجعل على الاثنين

---

(١) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٦٧) .

(٢) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٦٧) .

(٣) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٦٧) (ابن رشد/ بداية المجتهد/ ج٢ص٤٢٤) .

(٤) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٦٧) .

والنخعي : أبو عمران إبراهيم بن يزيد النخعي الكوفي ، من أكابر التابعين صلاحاً وحفظاً للحديث ، رأى عائشة رضي الله عنها ، توفي ٩٦هـ . وكان مختفياً من الحجاج . (ابن خلكان/ وفيات الأعيان/ ج١ص٢٥) .

(٥) نتغاط : مأخوذ من الماء الغاط وهو الكثير ، أي أنهم كانوا يسبحون في ماء كثير ويغيبون فيه . انظر : (ابن منظور/ ج١٥ص١٣٠) (الفيروزأبادي/ القاموس المحيط/ ص٨٧٨) .

ثلاثة أخماس الدية ، وجعلى على الثلاثة خمسيها »[1].

والذي يظهر أن الخلاف في حالة محصورة جداً ، كما يفهم من الشروط التي اشترطها الفريق الثاني ، ويضاف لشروطهم شرط آخر وهو أن تكون هذه الحقوق من حقوق الآدميين ، لا من الحقوق الخالصة لله تعالى ، وبذا يلتقي الفريقان على منع شهادة الصبي في حقوق الله تعالى الخالصة .

وبقي صورة المسألة المختلف فيها ، والظاهر قبول شهادتهم بالشروط التي ذكرها الفريق الثاني ، ويضاف إليها كذلك أن تشهد القرائن بصدق أقوالهم ، فإن علياً كرم الله وجهه لا يخفى عليه ما نزل في كتاب الله تعالى بخصوص الشهود ، إلا أن قرائن الأحوال جعلت من كلام الصبية موضع صدق يعتمده القاضي ، ويستأنس به في حكمه ، وخاصة إذا كان في ترك شهادتهم تضييع لحق آدمي .

أما إن خلت القرائن عن التصديق لأقوالهم ، فلا يؤخذ بها ولا تعتمد . والله أعلم .

٣- اشتراط أربعة شهود في الزنا :

لقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةً مِّنكُمۡ ﴾[2].

وقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾[3].

ولفظ أربعة نص في العدد[4] .

---

(١) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٦٧) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ص١١) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص٤٤٨/ ح٢٧٨٧٣) (الشافعي/ الأم/ ج٧ص١٨٦) (الجصاص/ أحكام القرآن/ ج١ص٦٧٨) (ابن حزم/ المحلى/ ج٨ص٥١٣) .

(٢) (سورة النساء ، آية رقم ١٥) .

(٣) (سورة النور ، آية رقم ٤) .

(٤) (البابرتي/ العناية/ ج٧ص٣٦٩) (القرافي/ الفروق/ ج٤ص١٤٠) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٣ص١٦٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٥) .

٤- اتحاد المجلس لصحة الشهادة في الزنا :

واشترط هذا الشرط الحنفية وبعض المالكية حتى لو شهدوا متفرقين لا تقبل شهادتهم ، لقول عمر رضي الله عنه : « لو جاؤوا مثل ربيعة ومضر فرادى لجلدتهم »[١]، فإن جاؤوا فرادى وقعدوا مقعد الشهود وقام إلى القاضي واحداً بعد واحدٍ قبلت شهادتهم[٢] .

ولم يشترط بقية العلماء ذلك ، وإنما أجازوا مجيئهم مجتمعين أو متفرقين ؛ لأن الشهادة في الزنى خالفت الحقوق في أعداد الشهود لا في غير ذلك من أحوالهم ، فإذا استوفي العدد ثبت الحق[٣] .

٥- الأصالة في الشهادة على الحدود والقصاص :

أي ألا تكون شهادة على شهادة . وهذا عند الحنفية والحنابلة[٤] .

واستدل الحنفية على ذلك بقولهم :

أ - أن الشهادة عبادة بدنية يلزم على الأصل إيفاؤها ولا تجزي في ذلك النيابة .

ب - أن احتمال الكذب في الشهادة على الشهادة زائد . وهذا الاحتمال يعتبر شبهة تدرأ معها ما يندرئ بالشبهة[٥] .

أما الشافعية فلهم فيها ثلاثة أقوال ، وأصحها عندهم : أنه يفرق بين القصاص والقذف، فتقبل فيهما ، وبين حد الزنا والخمر والسرقة وقطع الطريق ، فلا

---

(١) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٣ص١٦٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٥) .

(٢) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٥) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص١٣٦) .

(٣) انظر : (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص١٣٦) .

(٤) (انظر : ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٣٢) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٤٦) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص ١٩٧) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١٢ص٨٩) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٤٣٨) .

(٥) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٣٢) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٤٦) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص ٤٧٥) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٣٩٩) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٤٣٨).

تقبل فيها ، وهو كما يلاحظ يتعلق بنوع الحق ، فإن كان لله فلا تقبل فيه ، وإن كان للعبد فيها حق ولو مشتركاً، فإنها تقبل فيه[1]. وللتحمل عند الشافعية صور متعددة، ومنها الاسترعاء[2] ، ومنها أن تكون في مجلس الحكم وتكون شهادة مقبولة ، ومنها أن يسمع الشاهد الأصل يخاطب الفرع بقوله : اشهد على شهادتي ، فيشهد السامع الثالث على هذه الشهادة ، وهو جائز عندهم[3] .

وعند المالكية تجوز الشهادة على الشهادة في الزنى وفي سائر الحدود ، بل وفي كل شيء[4].

٦- اشتراط لفظ الزنا في الشهادة على الزنا :

لأنه هو الدال على الفعل الحرام ، لا لفظ الوطء ولا الجماع ، ولا يقوم لفظ مقام لفظ الزنا .

فإن شهدوا أنه وطئها وطئاً محرماً فلا يثبت به[5] . ويشترط المالكية والشافعية أن يتقدم لفظ الشهادة على لفظ الزنا ، حتى لا يكون قذفاً[6] .

٧- أن تكون الشهادة بلفظ الشهادة :

وبغيرها لا تقبل شهادته ، وهذا عام في كل الشهادات حداً كانت أو قصاصاً أو تعزيراً ، وحتى في الأموال ؛ لأن النصوص ناطقة بالاستشهاد ، فلا يقوم مقامها

---

(١) انظر : (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٣٩٩) .

(٢) الاسترعاء : هو أن يقول اشهد على شهادتي اني أشهد بكذا . وكأنه يقول اقبل على رعاية شهادتي وتحملها . (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٣٩٩) .

(٣) انظر : (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٣٩٩) .

(٤) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص٢٠٤) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ص٢١٩) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٢٣٩) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٤٩٦) .

(٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٥) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٢ص١٥٨) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ ص٧) .

(٦) (الرملي/ فتاوى الرملي/ ج٤ص١٥٢) .

غيرها ، لما فيها من زيادة توكيد ، ولأنها من ألفاظ اليمين ، فيكون معنى اليمين ملاحظاً فيها ، وامتناعه عن الكذب بهذا اللفظ أشد .

ثم لأن الشهادة فيها إلزام الحاكم الحكم ، وثبت ذلك على خلاف القياس ، فيراعى جميع ما ورد به النص[1] ؛ يقول تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾[2] ، وقوله تعالى : ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾[3] ، وقوله تعالى : ﴿ وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ﴾[4] .

وعند الشافعية أن باب الشهادة مائل إلى التعبد ، فالقياس دخيل فيه في بعض المواضع[5] .

٨- أن تكون الشهادة أمام القاضي وفي مجلسه[6] :

ولا يشترط أن تكون بحضور المشهود له أو المشهود عليه ، وإذا طلب المشهود عليه عرض شهادتهم عليه ، فيلزم القاضي ذلك[7] . وهذا شرط عام في كل شهادة .

٩- إذا كانت الجناية متعلقة بحق من حقوق الله تعالى ، فلا يشترط تقدم دعوى لقبول الشهادة ، وإذا كانت متعلقة بحق مشترك فلا بد من دعوى لقبول الشهادة[8] .

---

(١) انظر : (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص٢٠٩، ٢١٠) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٣٨٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٤٧٥) .

(٢) (سورة الطلاق ، آية رقم ٢) .

(٣) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٨٢) .

(٤) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٨٢) .

(٥) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٣٨٣) .

(٦) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٣٨٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ج٤ص٤٧٥) .

(٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٥٧) .

(٨) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٣٨٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٤٧٥) .

١٠- ندب الفقهاء القاضي أن يكتب شهادة الشاهد :

وأن يكتب معها اسمه ونعته وقبيلته ومسكنه ومسجده الذي يصلي فيه ، والسنة والشهر الذي شهد فيه ، ثم يرفع ذلك عنده في ديوانه ، فقد يحتاج إلى شهادته يوماً ، سواء أكانت الحاجة للمشهود له أو المشهود عليه، أو لذات الشاهد ، فقد يزيد فيها أو ينقص منها[١] .

١١- شرط عدم التقادم في شهادة الحسبة :

فإن تقادم العهد على تحمل الشهادة ولم يحصل الأداء إلا متأخراً، كان ذلك شبهة يمتنع معها قبول الشهادة، وقد تم بحث موضوع التقادم في الفصل الثالث ، في شروط الدعوى الجزائية، فليراجع[٢] .

١٢- تزكية الشهود :

والتزكية نوعان :

أ - تزكية السر .   ب - تزكية العلن .

أما تزكية السر ، فذكرت مجلة الأحكام العدلية صفتها ، فجاء فيها ما يلي :

« التزكية السرية تجري بورقة يعبر عنها بالمستورة في اصطلاح الفقهاء ، والقاضي يكتب في تلك الورقة اسم المدعي والمدعى عليه والمدعى به ، واسم الشهود وشهرتهم وصنعتهم وأشكالهم ومحلهم وأسماء آبائهم وأجدادهم ، وإذا كانوا معروفين يحرر أسماءهم وشهرتهم فقط . والحاصل أن يعرفهم ويبينهم بوجه يميزون به عن غيرهم ، وبعد وضعها في غلاف وختمه يرسلها إلى المنتخبين للتزكية ، ثم عند وصول المستورة إلى المزكين يفتحونها ويقرؤونها ، فإن كان الشهود المحررة أسماؤهم

---

(١) انظر: (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٥٦، ٩٩) (الزركشي/ خبايا الزوايا/ ص٤٧٠/ مسألة ٥٦٣).

(٢) انظر : الفصل الثالث ، المبحث الثاني ، ص٢٤١ .

فيها عدولاً ، كتبوا تحت اسم كل منهم عبارة عدول ومقبولو الشهادة ، وإن لم يكونوا عدولاً كتبوا عبارة ليسوا بعدول ، ووقعوا إمضاءاتهم وختموا فوق الغلاف وأعادوها للقاضي بدون أن يطلعوا من أتى بالمستورة ولا غيره على مضمونها »[١].

وذكرت المجلة كذلك صفة تزكية العلن ، فجاء فيها ما يلي :

« التزكية علناً تجري على الوجه الآتي : وهو أن يجلب المزكون إلى مجلس حضور القاضي حال حضور المترافعين وتزكى الشهود أو يرسل الشهود والمترافعان مع نائب التزكية إلى محل المزكين ، وتزكى الشهود علناً »[٢].

ولم يوجب أبو حنيفة تزكية الشهود ، حملاً لحال المسلمين على الصلاح ، أما إذا كان في الحدود والقصاص فإنه يسأل عنهم احتيالاً للدرء ، وقد أمر بدرء الحدود؛ لأن الحدود إن وقع فيها غلط لا يمكن تداركه ، وبظاهر العدالة لا تنتفي الشبهة ، ففيما يندرئ بالشبهات لا يكتفى بذلك[٣] .

وروى الحنفية أن أبا حنيفة يرى أن القاضي يسأل عن الشهود وإن لم يطعن الخصم فيهم، إذا كان متعلقاً قضاؤه بالحدود والقصاص ، أما في غيرها فلا يسأل ، إلا إذا طعن الخصم في الشاهد[٤] .

أما عند أبي يوسف ومحمد ، فلم يستثنيا الحدود والقصاص ، فألزما القاضي بالسؤال ، وسواء أكان في حق لله أم حق لآدمي ، وأن يكون هذا السؤال بالسر والعلانية[٥] .

---

(١) (لجنة المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص٣٤٨/ م ١٧١٨) . وأول من أحدث تزكية السر القاضي شريح ، وهو الذي خدم القضاء سبعين عاماً ، وقد قيل له : أحدثت يا أبا أمية ، فأجاب : أحدثتم فأحدثت . (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٤٤٦) .

(٢) (لجنة المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص٣٤٩/ م١٧٢٠) .

(٣) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٨٨) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج١ص٢٦٤) .

(٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٨٨) .

(٥) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج١ص٢٦٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٨٨) .

وقال المتأخرون بترك تزكية العلن والأخذ بتزكية السر ، كي لا يخدع المزكي أو يخوف[1].

والخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه إنما هو اختلاف عصر وزمان ، فعصر أبي حنيفة رضي الله عنه من قرون الخيرية الثلاث ، وكانت الغلبة للعدول ، فكان يكتفى بظاهر العدالة ، أما عصر الصاحبين فكانت الغلبة لغير العدول ، فقالا لا بد للقاضي أن يسأل الشهود[2] .

وعند المالكية : أن القاضي يسأل في الحدود التي هي لله وفي القصاص عن الشهود ، ولم يفرقوا بين السر والعلانية ، ونقل عن مالك أنه قال يسأل عنهم ، فإن زكوا أجاز شهادتهم ، ولا أبالي في السر سأل عنهم أو في العلانية[3] .

أما عدد المزكين عند المالكية ، فإنهم اشترطوا في شهود الزنا أن يكون المعدلون أربعة لكل واحد ، وهو مروي عن مالك رضي الله عنه . وعن ابن الماجشون يجوز في تعديلهم ما يجوز في تعديل غيرهم ، اثنان على كل واحد أو أربعة لجميعهم[4] .

وعند الشافعية والحنابلة ، أن التزكية حق لله تعالى ، يطلبها الحاكم وإن سكت عنها الخصم[5] .

وينبني على التفريق بين القول بأنها حق لله أو حق للمشهود عليه ، أن القول بأنها حق للمشهود عليه ، أنه لو أقر بالعدالة حكم عليه بدون طلب التزكية ، وإن كانت من حق الله تعالى ، فلو أقر بأنه عدل فلا بد من طلب التزكية[6] ، على اعتبار

---

(١) (الحموي/غمز عيون البصائر/ج١ص٢٦٢) .

(٢) (السرخسي/المبسوط/ج١٦ص٨٨) .

(٣) (مالك/المدونة/ج٤ص٥٤٦، ٥٤٧) .

(٤) (الباجي/المنتقى/ج٥ص١٦٤) .

(٥) (المرداوي/الإنصاف/ج١١ص٢٨٩) (الزركشي/المنثور/ج١ص٣٦٠) .

(٦) المرجعين السابقين .

أن ما كان حقاً للخصم أمكن أن يتنازل عنه بإقراره ، أما ما هو حق لله فلا يتنازل عنه بإقراره ؛ لأن الحق ليس له حتى يتنازل عنه .

ولذا لو شهد جماعة على إنسان بالسرقة ، فعدّل المشهودُ عليه الشهودَ وقال : هم عدول ، فإن كانت التزكية حقاً للعبد قطعت يده ؛ لأنه تنازل عن التزكية بإقراره، وإن كانت حقاً لله تعالى فلا تقطع وإن أقر بعدالتهم حتى يسأل القاضي عن الشهود ويتأكد أنهم مزكون .

المطلب الثاني
الإقــــــرار

النوع الثاني من البينات هو الإقرار ، وهو أبلغ من الشهادة في الدلالة على مضمونة ، ولذا يسأل القاضي عنه قبل السؤال عن الشهود .

أما دليل قبوله حجةً ؛ فقوله تعالى : ﴿ كُونُواْ قَوَّامِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ ﴾[1]، وقوله تعالى : ﴿ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ ﴾[2].

فالآية الأولى دلت على أن إقامة القسط والعدل تكون بشهادة المرء على نفسه وعلى غيره ، والأول هو الإقرار والثاني هو الشهادة .

والآية الثانية أمرت من عليه الحق أن يمل هو، ولو لم يقبل إقراره لما كان لإملاله معنى[3].

وإجماع العلماء منعقد على أن الإقرار حجة في الحدود والقصاص ، وهو

---

(١) (سورة النساء ، آية رقم ١٣٥) .

(٢) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٨٢) .

(٣) انظر : (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٥ص٣) (البجيرمي/ البجيرمي على المنهج/ ج٣ص٧١) (الزركشي/ المنثور في القواعد / ج١ص١٨٧) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص٢٧٩) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ص٤٩) .

والإملال : من أملَّ الشيء قاله فكُتِب ، وأملاه كأملَّه على تحويل التضعيف . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١١ص٦٣١) .

كذلك فيما دونهما من باب أولى ، فقد جاء ماعز إلى النبي ﷺ يقر بأنه قد زنى ، فرجمه ﷺ [1]. وكذلك أرسل أنيساً وقال له : « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها » [2]. وعلق الرجم على مجرد الاعتراف [3].

ووجه قبول الإقرار أن المقر غير متهم فيما أقر به على نفسه غالباً ، والحجج يعمل بها عند انتفاء التهمة . ولذا سمي الإقرار بسيد الحجج [4]، أو كما يقال في زماننا : بأنه سيد الأدلة.

إلا أن الإقرار لا بد من توفر شرائط ومواصفات فيه حتى يكون سيد الأدلة في الجزائيات ، وهذه الشروط والمواصفات كما يلي :

١ - يشترط في الإقرار أن يكون صريحاً [5].

فإن أقر وقال فيما أحسب وأظن فليس بإقرار [6].

واشترط الشافعية مع الصراحة التفسير ، كالشهادة ، وذلك احتياطاً للحد ، وسعياً في ستر الفاحشة ما أمكن ، ويستأنس له بقصة ماعز [7].

والحديث المروي في قصة ماعز يوضح صورةً من صور صراحة الإقرار ومعنى التفسير عند الشافعية ، فقد روى البخاري عن ابن عباس ، أنه لما أتى ماعز بن مالك إلى النبي ﷺ قال له النبي ﷺ : « لعلك قبلك ، أو غمزت ، أو نظرت » ، قال : لا يا

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص٣٠٠ .

(٢) سبق تخريجه . انظر ص ١١٥ .

(٣) انظر : (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٣١) (علي حيدر/ درر الحكام/ج٤ص٨٣) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٥ص٣) (البجيرمي/ البجيرمي على المنهج/ج٣ ص٧١).

(٤) انظر : (عليش/ منح الجليل/ج٦ص٤١٨) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٨٣) .

(٥) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢٠٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٧) (ابن الشاط/ إدرار الشروق/ج٤ص ١٦٠) (البجيرمي/ البجيرمي على المنهج/ج٣ص٧٢) (البخاري/ كشف الأسرار/ج٢ص٢٠٩) .

(٦) (البجيرمي/ البجيرمي على المنهج/ ج٣ص٧٢) .

(٧) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٣١) .

رسول الله . قال : « أنكتها » لا يكنّي ، قال : فعند ذلك أمر برجمه[1] .

فالنبي ﷺ لم يكنِّ بالزنا ، بل ذكره بعبارة واضحة لا تخفى ، وكذلك في كل إقرار لا بد أن يكون صريحاً واضحاً .

٢- أن يكون الإقرار بالحد عند القاضي - إذا كان حقاً لله تعالى - ، ولا يعتبر إن كان عند غيره ؛ لأن هذا الغير لا ولاية له في إقامة الحدود[2] .

ولا تقبل الشهادة بذلك عليه عند الجمهور ، وإن شهدوا عليه أنه أقر أربع مرات في الزنا أو مرتين فيما سواه[3] .

وأجازها المالكية إن أقرّ على نفسه بالزنا ، ولكن اختلفوا في عدد الشهود ، فهل يشترط فيها أربعة شهود ، أو يكفي فيها رجلان [4]؟

٣- ألا يكذبه الآخر في الزنا أو السرقة ، فإن أقر بالزنا فكذبته فلا حد عليها ودرئ الحد عن الرجل سواء قالت إنه تزوجني ، أو قالت : لا أعرفه أصلاً[5] .

أما إن أقرت المرأة وكذبها الرجل ، فعند أبي حنيفة لا حدّ عليها ، خلافاً لأبي يوسف ومحمد .

والأصل فيه أن الحد متى لم يجب على المرأة أصلاً أو تعذر استيفاؤه عليها ، لا يجب على الرجل بالإجماع ، ومتى لم يجب على الرجل أصلاً ، لم يجب على المرأة بالإجماع . أما إن انعقد فعله موجباً للحد ، لكن بطل الحد عنه لمعنى عارض لا يمنع الوجوب على المرأة عنده ، خلافاً لهما [6].

وفي السرقة كذلك ، كأن قال المسروق منه : هذه العين له ، أي للسارق ، أو

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص ٣٠٠.

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٨) .

(٣) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٨) .

(٤) انظر : (ابن الشاط/ إدرار الشروق/ ج٤ص١٤٠) .

(٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٧) .

(٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٧) .

أنه شريكي فيها ، وغير ذلك ، فإنه لا يقطع .

٤- تكرار الإقرار أربعاً في الزنا .

اشترط الحنفية والحنابلة أن يتكرر الإقرار من المقر أربع مرات[١] .

وشرط الحنفية فوق ذلك أن يكون هذا الإقرار في مجالس مختلفة ؛ لأن لاتحادها أثراً في جمع المتفرقات ، وعندها تتحقق شبهة الاتحاد فيه[٢] .

والعبرة عندهم إنما هو في مجلس المقر[٣] دون مجلس القاضي ، فلو دخل المقر أربع مرات على القاضي وهو في مجلسه الواحد ، كانت المجالس مختلفة .

وفسر محمد بن الحسن المجالس المتفرقة بأن يذهب المقر بحيث يتوارى عن بصر القاضي[٤] .

ولو أقر كل يوم مرة أو كل شهر مرة ، فإنه يُحدّ[٥] .

واستدل هذا الفريق بما حصل لماعز عند النبي ﷺ ، فإن النبي ﷺ أخّر إقامة الحد عليه إلى أن تم إقراره أربع مرات في أربعة مجالس[٦] .

وخالف المالكية والشافعية ، فقالوا : إنه يؤاخذ بالإقرار ولو مرة واحدة[٧] .

وردوا على دليل الفريق الأول بأن النبي ﷺ كرر على ماعز لأنه شك في عقله، ولهذا قال له : « أبك جنون »[٨]؟

والذي أراه أن المقر لا بد أن يكرر الإقرار في الزنا ، وكذا في كل حد هو من

(١) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٧) (ابن الشاط/ إدرار الشروق/ ج٤ص١٤٠) .

(٢) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٧) .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق .

(٥) المرجع السابق .

(٦) سبق تخريجه ص٣٠٠.

(٧) انظر : (ابن الشاط/ إدرار الشروق/ ج٤ص١٤٠) (عليش/ منح الجليل/ ٩ص٢٥٥) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٣١) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص١٩٧) .

(٨) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٣١) (عليش/ منح الجليل/ ج٩ص٢٥٦) .

حدود الله تعالى بعدد ما تقبل فيه من الشهادات .

وذلك من باب التلقين له بالرجوع ، وقد فعله النبي ﷺ في قصة ماعز ، وفي قصة السارق كذلك ، فيما يرويه أبو داود من أن النبي ﷺ أتي بلص قد اعترف اعترافاً ، ولم يوجد معه متاع ، فقال رسول الله ﷺ : « ما إخالك سرقت » ؟ قال : بلى . فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً ، فأمر به فقطع وجيء به ، فقال : « استغفر الله وتب إليه » ، فقال : أستغفر الله وأتوب إليه ، فقال : « اللهم تب عليه » ثلاثاً[1] .

فالنص أثبت تكرار الاعتراف مراراً ، وهذا النص وإن كان يخالفه نصوص أخرى لم يرد فيها التكرار ، إلا أن القاعدة تقول : إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما . وهذا الدليل مثبت والنصوص الأخرى ليست نافية ، والمثبت مقدم على النافي ، فكيف بما لا يفيد نفياً ولا إثباتاً .

يقول الطحاوي[2] في شرح معاني الآثار : « ففي هذا الحديث أن رسول الله ﷺ لم يقطعه بإقراره مرة واحدة حتى أقر ثانية ، فهذا أولى من الحديث الأول ؛ لأن فيه زيادة على ما في الأول »[3] .

والآثار عن الصحابة الكرام تدل على التكرار في الإقرار في السرقة .

فقد روي أن رجلاً أقر عند علي بن أبي طالب رضي الله عنه بسرقة مرتين ، فقال : شهدت على نفسك شهادتين . قال : فأمر به فقطع وعلقها في عنقه[4] .

ومثله كذلك ما روي عن الحسن بن علي رضي الله عنه ، أنه أتي برجل أقر بسرقة ،

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص٣٠٠ .

(٢) الطحاوي : أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري الطحاوي الحنفي، نسبته إلى قرية طحا من صعيد مصر ، ولد ٢٣٩هـ ، توفي ٣٢١هـ ، دفن بالقاهرة . من مصنفاته : مشكل الآثار ، شرح معاني الآثار ، أحكام القرآن ، الشروط الكبير والأوسط والصغير، المختصر في الفقه . (الشيرازي/ طبقات الفقهاء/ ص١٤٨) .

(٣) (الطحاوي/ شرح معاني الآثار/ ج٣ص١٦٩) .

(٤) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص٤٨٣/ ح٢٨١٩٠) (مصنف عبد الرزاق/ ج١٠ص١٩١/ ح١٨٧٣٣) (الطحاوي/ شرح معاني الآثار/ ج٣ص١٧٠) (ابن حزم/ المحلى/ ج١١ص٣٤٠) .

فقال له الحسن : فلعلك اختلسته ؟ لكي يقول لا . حتى أقرّ عنده مرتين أو ثلاثاً ، فأمر به فقطع[1] .

وهذا فيه دلالة على أن الإقرار يكرر .

٥- أن الرجوع عن الإقرار في الحدود والقصاص مؤثر في العقوبة التي هي حق لله ، إن لم يكن هناك دليل سوى الإقرار ، ويستوي أن يكون الرجوع بشبهة أو بمحض التكذيب لنفسه بلا شبهة ولا اعتذار ، وسواء أكان الرجوع في الحد أم قبله[2] .

والدليل عليه في قصة ماعز أنه لما أذلقته الحجارة ، فزع إلى الحرة ، فلحقه الناس ، فأدركوه ، فقال النبي ﷺ : « هلاّ تركتموه »[3] .

أما حقوق العباد ؛ كالقذف والقصاص ، فإنه إذا أقرا بها فلا يصح الرجوع عنها[4] . ومثله لو أقر إنسان على نفسه أنه سرق ، فإن رجوعه يقبل في حق الله فلا تقطع يده ، ولا يقبل رجوعه في حق الآدمي ، فيغرم المسروق .

٦- قصور حجية الإقرار على المقر[5] ، ولا تتعداه إلى غيره ؛ لأن الإقرار على نفسه لا تهمة فيه ، بخلاف إقراره على غيره، فلا بد من شاهد آخر على صحة قوله.

ودليله أن النبي ﷺ جاءه رجل يقر على نفسه بالزنى بامرأة سماها ، فأرسل

---

(١) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٤٨٣، ٥٢٠/ح٢٨١٩١، ٢٨٥٧٨) (الطحاوي/ شرح معاني الآثار/ ج٣ص١٧٠) (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٤ص٧٨) .

(٢) انظر : (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٦١) (عليش/ منح الجليل/ ج٩ص٢٥٦) (ابن الشاط/ إدرار الشروق/ ج٤ص ١٦١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٥٦) .

(٣) سبق تخريجه ص٣٠٠.

(٤) انظر : (ابن الشاط/ إدرار الشروق/ ج٤ص١٦١) (عليش/ منح الجليل/ ج٩ص٢٥٦) (الكاساني/ بدائع الصنائع / ج٧ص ٦١) .

(٥) انظر : (المرغيناني/ الهداية شرح البداية/ ج٣ص١٤٧) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٤٩) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٥ص٢) (البابرتي/ العناية/ ج٨ص٣٢١) (الزركشي/ المنثور في القواعد/ ج١ص١٨٧) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص٤٦٥) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٣ص٥٠) .

النبي ﷺ إلى المرأة فدعاها ، فسألها عما قال ، فأنكرت ، فحدّه وتركها[1] .

المطلب الثالث

اليمـــــــــين

والوسيلة الثالثة من وسائل الإثبات في الجزائيات هي اليمين .

وقد اشترط العلماء في قبول اليمين عدّة شروط ، ووضعوا لها أصولاً تحكمها.

وليس مقصدنا هنا بحث ما إذا كانت اليمين حجة أم غير حجة عند انعدام البينة ، أو عند ردها إلى المدعي حال نكول المدعى عليه ، فهذا خارج عن موضوع البحث ، وإنما المراد هي الشروط والأصول الخاصة بالأيمان ، وهي في قسمها الأكبر تشترك مع الدعوى المدنية .

وهذه الأصول والشروط كما يلي :

١- أن تكون اليمين بألفاظ محددة :

وقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه الألفاظ ، وثمرة مثل هذا الاختلاف تؤدي إلى أن الحالف إن خالفها فإنه يعتبر ناكلاً[2] ، مع أن النكول لا يحكم به في الحدود إلا أنه قد يحكم به في التعزيرات .

ومن ألفاظها : بالله الذي لا إله إلا هو[3] .

وفي القسامة يقول : بالله الذي أحيا وأمات[4] .

أما إذا كان الحالف يهودياً أو نصرانياً ، فيحلف بالله ، ويزيد اليهودي : الذي

---

(١) (أبو داود/ الحدود/ باب رجم ماعز بن مالك/ ح٤٤٣٧، ٤٤٦٦) (أحمد/ عن سهد بن سعد/ ح٢٢٣٦٨). وهي قصة ماعز بن مالك ، حيث إنه أقر على نفسه بالزنى .

(٢) انظر : (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢١٨، ٢٥٤) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٢٢٦) .

(٣) (ابن رشد/ بداية المجتهد/ ج٢ص٤٢٧) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٢٢٦) (مالك/ المدونة/ ج٤ص٥) .

(٤) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٢٢٦) .

أنزل التوراة على موسى ، والنصراني : الذي أنزل الإنجيل على عيسى[1] .

ولا يحلفهم بألفاظهم ، كقولهم : لا هيا شراهيا ، ولا بالعشر كلمات[2] .

يقول ابن عاصم في تحفته :

وبعضهم يزيد لليهـودي ∴ منـزل التـوراة للتشديـد

كما يزيد فيه للتثقيـل ∴ على النصارى منزل الإنجيـل[3]

والذي يظهر لي أن كل ما حدده الفقهاء من ألفاظ إنما هو من قبيل الاجتهاد ، ولكن يشترط في أي يمين أن تكون بالله العظيم ، أو باسم من أسمائه الحسنى .

ولولي الأمر أن يحدد صيغة اليمين التي تقبل ، حتى إذا تجاوزها الحالف لا تعد يميناً ؛ لأن اقتران الصيغة بأمر الإمام يجعلها واجبة بعد أن كانت جائزة .

٢- أن تغلظ الأيمان ، وتغليظها يكون بعدة وسائل :

أ- في المكان : وذكر العلماء الحلف في أحد المساجد الثلاثة إن كان قريباً منها ثم في المسجد الجامع ثم في أي مسجد[4] .

وذلك بحسب الجناية التي يحلف لها ، وكل صاحب ملة يحلف حيث يعظم من الأماكن[5].

أما في المسجد فيحلف عند المنبر إن كان في المسجد النبوي ، وعند الركن إن كان في المسجد الحرام ، وعند الصخرة إن كان في بيت المقدس ، وفي بقية المساجد

---

(١) انظر : (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢٦٩) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٢٢٨) .

(٢) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢٦٩) .

(٣) (الكافي/ إحكام الأحكام/ ص٤٨) .

(٤) انظر : (ابن رشد/ بداية المجتهد/ ج٢ص٣٢٧) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٢٢٧) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء / ص٢٥٤) (الزركشي/ خبايا الزوايا/ ص٤٦٢/ مسألة ٥٥٢) .

(٥) انظر : (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢٧٠، ٢٧١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٢٢٨) (مالك/ المدونة / ج٤ص٥) .

يحلف فيما له بال في المسجد دون تحديد[1] .

وخالف الحنفيةُ الجمهورَ في التغليظ بالمكان ، وكان خلافهم في الوجوب لا في الجواز ، كما يظهر من أقوالهم ، والأثر الذي اختلفوا فيه هو قول رسول الله ﷺ : « من حلف على منبري آثماً تبوأ مقعده من النار »[2] .

فحصل الخلاف هل الحلف على المنبر للوجوب أم للجواز ؛ فالجمهور قالوا : يجب أن يحلف على هذه الصورة لأنه عمل الرسول ﷺ ، وعمل الخلفاء من بعده ، ولم يزل العمل عليه بالمدينة ومكة[3] .

أما الحنفية فقالوا : إن الآثار لا تدل على الوجوب ، وإنما كانت الحكومات في عهد رسول الله ﷺ عند المنبر ؛ لأنه كان يجلس هناك[4] .

فالفريقان متفقان من حيث المبدأ على أن الأيمان تغلظ بالمكان ، إلا أن الخلاف في الوجوب .

وقد نص الحنفية على أن الحاكم إذا رأى تغليظ اليمين بالمكان جاز ذلك وصار واجباً[5] .

ب - التغليظ بالزمان في القسامة واللعان عند مالك ، فيكون التحليف بعد العصر[6] .

---

(١) (ابن رشد/ بداية المجتهد/ ج٢ص٤٢٧) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢٥٤) .

(٢) (أبو داود/ الأيمان والنذور/ باب ما جاء في تعظيم اليمين عن منبر النبي/ ح٣٢٤٦) (ابن ماجه/ الأحكام/ باب اليمن عند مقاطع الحدود/ ح٢٣٢٥) (أحمد/ عن جابر بن عبد الله/ ح١٤٢٩٦، ١٤٦٠٦) (صحيح ابن حبان/ ج١٠ص٢١٠/ ح٤٣٦٨) (موطأ مالك/ الأقضية/ باب ما جاء في الحنث على منبر النبي ﷺ/ ح١٤٣٤) (الحاكم/ المستدرك/ ج٤ص٣٢٩/ ٧٨١٠) .

(ورواه أبو عوانة ، والبيهقي ، والشافعي في مسنده ، والنسائي في سننه الكبرى ، وعبد الرزاق في مصنفه ، وأبو يعلى) .

(٣) (ابن رشد/ بداية المجتهد/ ج٢ص٤٢٧) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢٥٤) .

(٤) (الجصاص/ أحكام القرآن/ ج٢ص٦٩٢) .

(٥) (الجصاص/ أحكام القرآن/ ج٢ص٦٩٢) .

(٦) (ابن رشد/ بداية المجتهد/ ج٢ص٤٢٨) .

يقول ابن عاصم في تحفته :

وما كمثل الدم واللعان ∴ فيه تحري الوقت والمكان

وهي بين تهمة أو القضا ∴ أو منكر أو مع شاهد رضا[1]

واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ ٱلصَّلَوٰةِ ﴾[2]، فدلّ على أن اليمين تغلظ بالزمان . وروي عن ابن سيرين[3] وقتادة : استحلفا بعد العصر ، وإنما استحلفا بعد العصر تغليظاً لليمين في الوقت المعظم[4] .

واختلف في كونه واجباً أم مستحباً[5] .

ج – التغليظ باللفظ . وهو بزيادة ألفاظ من أسماء الله تعالى أو صفاته[6] .

والدليل على التغليظ باللفظ قول رسول الله ﷺ لرجل حلّفه فقال له : « احلف بالله الذي لا إله إلا هو ما له عندك شيء ... » الحديث[7] ؛ فإن اليمين يحصل بقوله : « بالله » ، إلا أن الزيادة دلت على جواز التغليظ باللفظ .

وكذا يصح التغليظ على النصارى واليهود ، فإن النبي ﷺ عندما حلف اليهود قال : « أذكركم بالله الذي نجاكم من آل فرعون ، وقطعكم البحر ، وظلل عليكم

---

(١) (مياره القاسي/ شرح مياره/ ج١ص٩٩) .

(٢) (سورة المائدة ، آية رقم ١٠٦) .

(٣) ابن سيرين : أبو بكر محمد بن سيرين مولى أنس بن مالك ، سمع أباهريرة وابن عمر وابن الزبير وغيرهم ، ولد لستين من خلافة عثمان ، وولد له ثلاثون ولداً من امرأة واحدة ، كان فقيهاً في الورع وورعاً في الفقه ، توفي في شوال ١١٠هـ . (الشيرازي/ طبقات الفقهاء/ ص٩٣) .

(٤) (الجصاص/ أحكام القرآن/ ج٢ص٦٩١) .

(٥) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢٥٦) .

(٦) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢٥٣، ٢٦٣) .

ومن هذه الألفاظ : بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الطالب الغالب المدرك المهلك الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية .

(٧) (أبو داود/ الأقضية/ باب كيف اليمين/ ح٣٦٢٤، ٣٦٢٠، ٣٢٧٥) (أحمد/ عن ابن عباس/ ح٢٢٨٠، ٢٦٠٨، ٥٣٥٦ ، ٢٦٩٠، ٢٩٥١) (سنن البيهقي الكبرى/ ج١٠ص٣٧/ ح١٩٦٦١، ١٩٦٦٣) (مصنف عبد الرزاق/ ج٨ص٥٢١/ ح١٦١٣٦) (مسند البزار/ ج٦ص١٣٥/ ح٢١٧٧) .

الغمام ، وأنزل عليكم المن والسلوى ، وأنزل التوراة على موسى »[1].

ففيه الدليل على التغليظ بالأيمان من حيث الألفاظ ؛ لأن الذي يقول بعد ذلك كله : « والله » ، فكأنه حلف على كل ما ذكره المحلِّف وهو رسول الله ﷺ . ومما يستأنس به كذلك ما رواه البخاري ، عن النبي ﷺ : « أن عيسى عليه السلام حلّف سارقاً ، فحلف ، وقال : قل والله الذي لا إله إلا هو »[2].

د – ومنه التغليظ بالهيئة .

وروي ذلك عن مالك أنه يقام ويستقبل القبلة ، وعند الشافعية القيام دون استقبال القبلة، وخصصه بعضهم باللعان .

وفي القسامة أن يكون على رؤوس الناس وفي دبر الصلوات[3] .

هـ – ومنه التغليظ بالمصحف .

وقال الشافعي : « كان ابن الزبير يستحلف به ، ورأيت مطرفاً قاضي صنعاء يستحلف به، وهو حسن »[4].

---

(١) (مسلم/ الحدود/ باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنى/ ح١٧٠٠) (أبو داود/ الحدود/ باب في رجم اليهوديين/ ح ٤٤٤٧، ٤٤٤٨، ٤٤٥٠) (ابن ماجه/ الحدود/ باب رجم اليهودي واليهودية/ ح٢٥٥٨) (أحمد/ عن البراء بن عازب / ح١٨٠٥٤) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج١٢ص٢٥٧/ ح١٣٠٣٣) (مسند الحميدي/ ج٢ص٥٤١/ ح١٢٩٤) .

(٢) (البخاري/ كتاب أحاديث الأنبياء/ باب قوله الله ﴿ واذكر في الكتاب مريم ﴾/ ح٣٤٤٤) (مسلم/ الفضائل/ باب فضائل عيسى عليه السلام/ ح٢٣٦٨) (ابن ماجه/ الكفارات/ باب من حلف له بالله فليحلف/ ح٢١٠٢) (ورواه أحمد) .

(٣) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٢٢٨) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢٥٧) .

(٤) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢٥٦) .

المطلب الرابع
الأصول المشتركة في كل البينات

في هذا المطلب يكون الحديث عن أصول تشترك فيها جميع البينات ، وهي : الآجال ، وتلقين الخصوم الحجة ، والإعذار .

وجعلت لكل منها فرعاً .

الفرع الأول : الآجـــال :

ورد في رسالة سيدنا عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري أنه قال : « واجعل للمدعي حقاً غائباً أو بينة ، أجلاً ينتهي إليه ... فإن ذلك أجلى للعمى ، وأبلغ في العذر »[(١)] .

فالخصم قد يطلب الأجل لإحضار البينة ، فيضرب القاضي له الأجل اللازم لذلك حتى إن لم يأت بحجته حكم عليه .

وقد قام بعض العلماء بذكر المدد اللازمة في بعض القضايا ، ومنها عند الشافعية القذف بين الزوجين ، فإما أن يأتي بحجته في يوم أو يومين ، أو يلاعن[(٢)] .

وكذلك في حقوق الآدميين من غير الجزائيات ، فقد حدّدوا ثلاثة أيام ، وفرق البعض بين المدة الممنوحة للمدعي والمدة الممنوحة للمدعى عليه[(٣)] ، بناء على أن المدعي من إذا ترك ترك كما سبق وأن ذكرت إلا أن الآجال في الديون والأموال ، لا يقاس عليها الآجال في الحدود والقصاص ؛ لأن الحدود والقصاص قد تحتاج إلى وقت أطول في الإثبات .

وتقدير الوقت وسيلة من وسائل تحصيل مقاصد شرعية ، وليس لذاتها أي

---

(١) انظر الرسالة في مقدمة الفصل الرابع ص٣٤٥ .

(٢) (الشافعي/ الأم/ ج٦ ص٢) .

(٣) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢٢٤) (الزركشي/ خبايا الزوايا/ ص٤٨٧) .

معنى ، وإنما القصد منها غيرها . وللآجال في البينات ارتباط بالتسهيل في المعاملة كما ذكرت سابقاً ، وتقديرها بالجملة راجع إلى القاضي ، فلا بد من منحه سلطة تقديرية تخوله تقدير هذا الوقت بما يراه مصلحة .

ونص الفقهاء على أن الاجتهاد من القاضي في تقدير الأجل لازم .

يقول الخرشي[1] : « (المحكوم عليه) سواء كان مدعياً أو مدعى عليه (إذا قال لي حجة فإن القاضي ينظره لها) لأجل الإتيان بها (باجتهاده) ثم يحكم عليه بعد ذلك »[2] .

ويقول الإمام ابن القيم في تعليقه وشرحه على قول سيدنا عمر رضي الله عنه: « هذا من تمام العدل ، فإن المدعي قد تكون حجته أو بينته غائبة ، فلو عجل عليه بالحكم بطل الحق، فإذا سأل أمداً تحضر فيه حجته أجيب إليه ، ولا يتقيد ذلك بثلاثة أيام ، بل بحسب الحاجة »[3].

ويقول ابن عاصم في التحفة :

ولاجتهاد الحاكم الآجال ∴ موكولة حيث لها استعمال[4]

إلا أن هذا الاجتهاد من القاضي جعل له الفقهاء ضوابط ترسم له كيفية تقدير هذا الوقت ، ومن هذه الضوابط :

١ - أن الأجل جعل لأجل فائدة ، فإذا انتفت هذه الفائدة فلا أجل ، ومن صور ذلك في كتب الفقهاء :

---

(١) الخرشي : أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي ، نسبة إلى قرية يقال له أبو خراش من البحيرة بمصر ، من فقهاء المالكية ، ولد ١٠١٠هـ ، توفي ١١٠١ هـ في القاهرة ، فقيه مجتهد ، انتهت إليه الرئاسة في مصر ، وهو أول من تولى مشيخة الأزهر . من مصنفاته : الشرح الكبير على متن خليل المعروف بشرح الخرشي ، وله الشرح الصغير على متن خليل ، والفوائد السنية في شرح المقدمة السنوسية . (الجبرتي/ عجائب الآثار/ ج١ص١١٣) .

(٢) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ص١٥٩) .

(٣) (ابن القيم/ إعلام الموقعين/ ج١ص٨٦) .

(٤) (الكافي/ إحكام الأحكام/ ص٢٣) .

« وكذلك إن ظهر عناد طالب الأجل ومدافعته للحاكم ، لا يضرب له أمداً بل يفصل الحكومة ، فإن ضرب هذا الأمد إنما كان لتمام العدل ، فإذا كان فيه إبطال للعدل لم يجب إليه الخصم »[1].

فالأجل إنما هو لتحقيق العدل بإحضار الحجة ؛ لأن الحكم دونها ظلم ، فقد يوجد في هذه الحجة ما يغير الحكم . أما إن كان مقصد طالب الأجل مخالفاً لذلك ؛ بأن أراد ظلماً بتأخير خصمه عن نيل مراده ، كان الأجل - والحالة هذه - معدوم الفائدة .بل صار ضرره محققاً ، فيمنع .

ومثل هذه الصورة من انعدام الفائدة ، ما لو قال المدعى عليه ليس لي حجة ، فإن القاضي يحكم عليه دون تأجيل[2] ؛ لأن تأجيله لإحضار حجة موهومة -لا بطلب الخصم- مناقض للعدالة . وقد يأثم القاضي في مثل هذا التأخير والتأجيل .

٢- أن يراعي القاضي المساواة بين الطرفين حتى في الأجل في إحضار البينات والحجج. فليس من العدل أن يطيل القاضي المدة لأحدهما دون أن يعامل خصمه بنفس المعاملة . فالقاضي من عدالته أن يسوي بين الخصمين في هذه الآجال ، فإن أعطى أحدهما أجلاً أن يكون في قرارة نفسه أن خصم الطالب لو أنه طلب في ظل الظروف التي طلب فيها الطالب كان الأجل واحداً .

وهذا الضابط وإن كان موكولاً إلى أمانة القاضي ونزاهته ، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من معرفة ظهور الخلل فيه بواسطة القرائن ودلائل الأحوال .

ومن نصوص الفقهاء الدالة على هذا الضابط يقول الإمام السرخسي :

« إن القاضي عليه أن يمهل كل واحد من الخصمين بقدر ما يتمكن من إقامة الحجة فيه حتى إذا قال المدعي بينتي حاضرة ، أمهَلَهُ ليأتي بها ، فربما لم يأت بها في المجلس الأول بناء على أن الخصم لا ينكر حقه لوضوحه ، فيحتاج إلى مدة ليأتي بها، وبعدما أقام البينة إذا ادعى الخصم الدفع أمهله القاضي ليأتي بدفعه ، فإنه مأمور

---

(١) المرجع السابق .

(٢) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ص١٥٩) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٦٣) .

بالتسوية بينهما في عدله »[1].

٣- أن يقارن القاضي بين الضرر المترتب على إطالة المدة وبين الضرر المترتب على تقصيرها ، فإن إطالة المدة في قضية لا تحتاج إلى كل هذا التطويل فيه ضرر أكبر من عدم التطويل ، والعكس صحيح في تقصير المدة .

وهذه المقارنة لها أيضاً ضوابط شرعية في معرفة الأضرار ، وأيها أعظم من الآخر .

وليس كل التقدير متروكاً للقاضي. يقول الإمام السرخسي حول هذا الضابط:

« وليكن إمهاله على وجه لا يضر بخصمه ، فإن الاستعجال إضرار بمدعي الدفع ، وفي تطويل مدة إمهاله إضرار بمن أثبت حقه ، وخير الأمور أوسطها »[2].

الفرع الثاني : تلقين الخصوم الحجة :

ورد في تلقين الخصوم الحجة نصوص عديدة ، واختلف العلماء في المراد من هذه النصوص .

وفيما يلي أورد هذه النصوص :

١- أن النبي ﷺ عندما جاءه ماعز مقراً بالزنى ، أعرض عنه ، ثم قال له بعد أن أعاد الاعتراف : « لعلك قبلت ، لعلك لمست ، لعلك غمزت »[3].

٢- أن النبي ﷺ أتي بلص اعترف اعترافاً ولم يوجد معه متاع ، فقال له رسول الله ﷺ : « ما إخالك[4] سرقت » ، قال : بلى . قال : « اذهبوا به فاقطعوه ، ثم

(١) (السرخسي/ المبسوط/ج١٦ص٦٣) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) سبق تخريجه . انظر ص٣٠٠ .

(٤) ما إخالك : أي ما أظنك ، وهو بالكسر . (ابن منظور/لسان العرب/ج١١ص٢٢٦) .

جيئوا به » ، فقطعوه ثم جاؤوا به ، فقال له : « قل أستغفر الله وأتوب إليه » . فقال: أستغفر الله وأتوب إليه . قال : « اللهم تب عليه »[1].

٣- أن أبا الدرداء أتي بامرأة قد سرقت ، فقال لها : سلامة، أسرقت ؟ قولي لا[2].

٤- أن ابن مسعود أتي برجل سرق ، فقال : أسرقت ؟ قل : وجدته . قال : وجدته ، فخلى سبيله[3].

٥- أن أبا هريرة أتي بسارق وهو يومئذ أمير ، فقال : أسرقت، أسرقت ؟ قل: لا ، قل: لا ، مرتين أو ثلاثاً[4] .

٦- وروي أن الحسن بن علي أتي برجل أقرّ بسرقة ، فقال له الحسن : لعلك اختلست، لكي يقول لا[5] .

٧- وروي أن عمر أتي بسارق قد اعترف ، فقال عمر : إني لأرى يد رجل ما هي بيد سارق ، قال الرجل : والله ما أنا بسارق ، فأرسله عمر ولم يقطعه[6] .

٨- وعن عطاء أنه كان يقول : كان من مضى يؤتى بالسارق ، فيقول : أسرقت ؟ قل : لا . ولا أعلم إلا سمى أبا بكر وعمر[7] .

٩- وروي عن علي أنه أتي برجل وامرأة وجدا في خربة ، فقال له علي : أقربتها ؟ فجعل أصحاب علي يقولون له : قل لا . فقال : لا . فخلى سبيله[8] .

والملاحظ أن تلقين الخصوم الحجة له عدة حالات وعدة صور :

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص٣٠٠ .

(٢) سبق تخريجه . انظر ص٣٠٠ .

(٣) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٥١٩/ح٢٨٥٧٥) (مصنف عبد الرزاق/ج١٠ص٢٢٤/ح١٨٩٢١) .

(٤) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٥٢٠/ح٢٨٥٧٦) .

(٥) سبق تخريجه . انظر ص٤٧٥ .

(٦) سبق تخريجه . انظر ص٢٢٢ .

(٧) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٥٢٠/ح٢٨٥٨٠) (مصنف عبد الرزاق/ج١٠ص٢٢٤/ح١٨٩١٩) .

(٨) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٥٢٠/ح٢٨٥٨١) .

١- أن يكون بلفظ (ارجع) ، أو أن يكون بلفظ (لعلك) ، و(ما إخالك) ، وهو تعريض بالرجوع .

٢- أن يكون الجرم ثابتاً بإقرار ، أو أن يكون ثابتاً بشهود .

٣- أن يكون الجرم في حق من حقوق الله الخالصة ، أو في حق مشترك .

والظاهر أن التلقين ممنوعٌ اتفاقاً فيما يتعلق بحق الآدميين [1].ونص العديد من الفقهاء على حرمته [2].

أما إن كان في حد من الحدود وكان التلقين بلفظ ارجع ، أو قل لا ، فمنعه الشافعية ، وهو ممنوع كذلك في حقوق العباد من باب أولى [3] .

والحنفية أجازوا-مثل هذا التلقين في الحدود وفيما هو حق مشترك ، ولكن أن يكون ذلك بإقرار المتهم ، دون سائر البينات .[4]

أما التعريض فإن له صوراً متعددة وصيغاً متعددة ذكرها العلماء[5] .

ومنها : لعلك غصبت ، في السرقة ، أو لعلك أخذت بإذن المالك ، أو لعلك أخذت من غير حرز ، أو لعلك اختلسته .

وفي الزنا : لعلك لامست ، أو لعلك قبلت ، أو لعلك فَاخَذْتَ ، أو لعلك وطئت بشبهة، أو لعلك تزوجتها.

وفي شرب الخمر : لعلك ما علمته خمراً ، أو لم تعلمه مسكراً .

---

(١) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٧) .

(٢) (الشافعي/ الأم/ ج٧ص٥٥) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٥١) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص١٩٧) .

(٣) (الشافعي/ الأم/ ج٧ص٥٥) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٥١) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص١٩٧) .

(٤) انظر (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص١٤١) .

(٥) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص١٩٨) (زكريا الأنصاري/ ج٤ص١٥١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٤٧) .

ومن هذه الصيغ أن يقول له : يلزمك على قولك كذا وكذا[1] .

أما إن كان الجرم ثابتاً بغير الإقرار ، كأن يأتي به شهود على فعله ، فهل يعرض له بالرجوع ؟

يرى الشافعية[2] ابتداءً أن الفعل إن كان ثابتاً بغير الإقرار وليس لرجوعه أثر في إسقاط الحد عنه ، فإنه لا يلقنه ؛ لأنه لا فائدة من تلقينه . وهذا ولا شك حكم في محله ؛ لأن كل النصوص السابقة تدل على أن في رجوع المقر أو المتهم أثراً على العقوبة . ولذا إن عدمت هذه الفائدة وهذا الأثر فلا حاجة لتلقينه .

ولكن العلماء مع ذلك أجازوا للقاضي أن يعرض للشهود بندب الستر ، وذلك سعياً لإسقاط الحد عن الفاعل[3] .

وقيّد الشافعية ذلك فقالوا إنه يعرض بالستر للشهود، إلا إذا كان في رجوعهم حد على الغير[4] .

أما الجمهور فلم يفرقوا بين الحالتين .

واستدلوا على قولهم بفعل عمر رضي الله عنه ، عندما شهد الأربعة على المغيرة ، فلما جاء زياد وكان رابعهم قال له : عندك يا سلح العقاب[5] ، فصاح به ، فلم يشهد بصريح الزنا، ففرح عمر رضي الله عنه[6] .

ونهاية الحادثة أن حُدّ ثلاثة من الشهود على شهادتهم ، فهنا عرّض للرابع بالرجوع وكان في رجوعه حد ثلاثة ، ألا أن حدّ الثلاثة أخف من رجم المحصن حتى الموت .

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٥١) .

(٣) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٤٠٦) .

(٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٥١) .

(٥) سلح العقاب : أي يا قذر العقاب ، وهو ما يخرجه العقاب من الفضلات . انظر : (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١ ص٦٤/ ج٤ ص٥٥٤) .

(٦) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٤٠٢) . سبق تخريجه .

أما إن جاء المتهم مقراً وتعلق فعله بحد من حدود الله تعالى الخالصة ، أو التي فيها حق لآدمي ، فإن آراء العلماء تدل على الجواز عموماً ، وصرح بعضهم أنه يندب التلقين .

فقد قال الحنفية : إن القاضي يندب له التعريض إن كان في الإقرار ، وأنّ له الاحتيال لدرء الحد وتلقين المقرّ الرجوع . وله أن يزجره ويظهر الكراهة لفعله وإقراره ويأمر بتنحيته[1].

وأما الشافعية فقالوا : إن للقاضي فعل ذلك ، ونصوصهم تدل على الجواز لا الندب .

وهذا إذا كان حقاً لله وكان بعد الإقرار ، أما إن كان قبل الإقرار ، فيندب له أن يعرض له ، ومنعوا التعريض إن كان فيه فوات المال في السرقة ، فإن خيف إنكار المال لم يحل التعريض؛ لأن فيه إسقاط حق الغير[2] .

ومما أجاز الشافعية فيه التعريض إذا كان المتهم لا يعلم أن له الرجوع ، وإن علم فلا يعرض له إذا كان حقاً لله تعالى ، ففي القذف مثلاً لا يحل له أن يعرض له؛ لأنه حق لآدمي[3].

والحنابلة قالوا بجواز التعريض في السرقة والزنا ، وقال أحمد : لا بأس بتلقين السارق يرجع عن إقراره[4] .

---

(١) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص١٤١) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ص٨٩) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج ٧ص٦١) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٢ص١٤٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٨، ٥٧) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٥١) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص١٩٧) (الشافعي / الأم/ ج٧ص٥٥) .

(٣) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص١٩٧) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٥١).

(٤) انظر : (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٤٠٦) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص١٢٠) .

خلاصة الرأي في التلقين :

بمراجعة النصوص الشرعية والأقوال الفقهية نلمح جملة من الملاحظات :

١- أن مبدأ التلقين هدفه تحقيق الأمر الشرعي بدرء الحدود بالشبهات ، وأن هذا التلقين لا يشترط أن يكون من شخص محدد ، فقد لاحظنا أن القاضي والإمام كان يفعله ، وأن من حضروا جلسة الحكم فعلوه كذلك . وفي زماننا هذا تقل الحاجة للتلقين من القاضي ؛ لأن الخصوم يدخلون إلى جلسة الحكم وهم ملقنون من وكلاء خصومتهم ومن يرشدهم إلى كيفية التخاصم ، إلا أن ذلك لا يمنع القاضي من أن يلقن الخصم حتى يطمئن قلبه أنه فعل جهده في درء الحد بالشبهة ، واقتداءً بالنبي ﷺ وبالسلف الصالح .

٢- أن حقوق الآدميين لا يحل التلقين فيها من القاضي ؛ لأنه بذلك يساند أحد الخصمين ضد الآخر ، وهذا ممنوع في القضاء ؛ لأنه يمس بالحيادية التامة المطلوبة منه في مثل هذه القضايا ، كما هو في القتل العمد . والقاعدة في ذلك : أن ما يجوز فيه الرجوع يصح فيه التلقين .

ولذلك لم أجد نصاً واحداً من العلماء يجيز مثل هذا التلقين .

٣- أن التلقين إنما يكون عند احتمال وجود الفائدة منه ، فإن انتفت الفائدة فلا تلقين . كأن يكون الجرم ثابتاً ببينة غير الإقرار ؛ لأن كل النصوص التي ذكرت في التلقين أثبتت فائدة من التلقين إما بالرجوع أو باحتمالية الرجوع . فإن لم يوجد للرجوع فائدة فلا فائدة من التلقين وقتها .

وحتى لو كان الحق ثابتاً بشهود ، فإنه يجوز للقاضي التعريض للشهود بالرجوع . وهذا التعريض يكون لأجل إسقاط الحد عن المتهم .

٤- أن كل النصوص الواردة تحدثت عن جرائم ذات نطاق محدود ، فهي إما سرقة من شخص ، أو زنى ، أو شرب خمر ، وكلها ذات أثر محصور . لذلك فإن الشريعة ندبت إلى التلقين لكن بما لا يسقط حقوق العباد ، إلا أن هناك جرائم لها أثر أكبر من مجرد السرقة والزنى وشرب الخمر ، وهي من حقوق الله تعالى ، لكن لا

يتعلق بها تلقين أو تعريض ، كالتجسس مثلاً ، فلا يتصور أن يلقن القاضي المتهم حجته وإن كان الحق من حقوق الله تعالى .

ولعل ذلك عائد إلى أن الحدود لها عقوبة محددة لا يحل للقاضي أن ينزل عنها متى وجبت، فلذلك لم يكن له من خيار إلا أن يلقن أو يعرض للمتهم بالرجوع ، بعكس عقوبات التعزير .

ولذا لو جاء من يقر بكونه جاسوساً للعدو ، فإن القاضي له أن يقدر العقوبة المناسبة له في ضوء إقراره . أما في الزنا والسرقة وشرب الخمر ، فليس للقاضي أن يقدر العقوبة المناسبة لأنها مقدرة من الله تعالى .

ولذا لم يكن لمن رفض التلقين أو الأخذ بالتعريض إلا أن تقام عليه العقوبة المنصوص عليها شرعاً ؛ لأن تخفيفها ليس بوارد إلا ضمن شروط شرعية خاصة محددة .

الفرع الثالث : الإعـــذار :

هو لغة : المبالغة في العذر ، يقال : أعذر الرجل ، أي أتى بعذر صحيح[1] .

ويقصد به الفقهاء أن القاضي عند إرادته الحكم على من توجه عليه يقول له: أبقيت لك حجة تدفع ما ثبت عليك [2].

واصطلاحاً : سؤال الحاكم من توجه عليه الحكم ببينة ، هل عنده ما يجرح هذه البينة أم لا [3]؟

والإعذار برسمه عرفه المالكية ، أما في معناه فهو موجود في بقية المذاهب .

ودليله الآيات التي تنفي المؤاخذة بغير بيان وبغير عذر ؛ كقوله تعالى : ﴿ وَمَا

---

(١) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٤ص٥٤٥) . وقد ألف في الإعذار محمد بن داود الظاهري كتاباً وأسماه الإعذار . انظر : (ابن خلكان/ وفيات الأعيان/ ج٤ص٢٦١) .

(٢) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٣٠) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٣٢٤) .

(٣) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٣١) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٣٠) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص ٣٢٤) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ص١٥٨) .

كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾[1].

وقوله تعالى على لسان سليمان : ﴿ لَأُعَذِّبَنَّهُۥ عَذَابًا شَدِيدًا أَوْ لَأَاْذْبَحَنَّهُۥٓ أَوْ لَيَأْتِيَنِّى بِسُلْطَٰنٍ مُّبِينٍ ﴾[2].

وقوله تعالى : ﴿ وَلَوْ أَنَّآ أَهْلَكْنَٰهُم بِعَذَابٍ مِّن قَبْلِهِۦ لَقَالُوا۟ رَبَّنَا لَوْلَآ أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا ﴾[3].

وقوله تعالى : ﴿ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةٌۢ بَعْدَ ٱلرُّسُلِ ﴾[4].

ويستدل لهم بقول سيدنا عمر في رسالته لأبي موسى الأشعري : « فإن ذلك أجلى للعمى وأبلغ في العذر » . فإن القاضي يطلب منه أن يعذر الطرفين بإحضار الحجة ؛ لأن قضاءه دون ذلك مشوب بالعيب. وفيه أيضاً أن القاضي بعد ذلك يكون معذوراً فيما يحكم به.

ويقول الإمام السرخسي في تعليقه وشرحه على هذه العبارة :

« أي أنه أبلغ في العذر للقاضي عند من توجه القضاء عليه ؛ لأنه إذا وجه القضاء عليه بعدما أمهله حتى يظهر عجزه عن الدفع ، انصرف من مجلسه شاكراً له ساكتاً ، وإذا لم يمهله انصرف شاكياً منه يقول : مالَ إلى خصمي ولم يستمع حجتي ، ولم يمكني من إثبات الدفع عنده»[5].

وهذا يدل على أن المذاهب الأخرى أخذت بالإعذار ، إما معنىً وإما رسماً ، ومن الرسم قول ابن عابدين : « وسئل أيضاً هل يشترط لقاضي الشرع الإعذار للخصم ، وإن أعذر إليه فسوَّف من وقت إلى وقت آخر ، ما الحكم فيه؟ » فأجاب:

---

(١) (سورة الإسراء ، آية رقم ١٥) .

(٢) (سورة النمل ، آية رقم ٢١) .

(٣) (سورة طه ، آية رقم ١٣٤) .

(٤) (سورة النساء ، آية رقم ١٦٥) .

(٥) (السرخسي/المبسوط/ج١٦ص٦٣) .

« إذا شهد الشهود بحق وزكوا ، والخصم لم يُبد دافعاً ، حكم القاضي ، وإن طلب المشهود عليه أن يؤخر الحكم ليجيء بالدفع ، يمهل ثلاثة أيام ، فإن لم يجئ بالدافع قضى عليه »[1].

إلا أن معنى الإعذار عند المالكية أكثر تفصيلاً ودقة منه عند بقية المذاهب .

وفائدته عندهم أنه لا تقبل حجة بعد إنفاذه[2] ، وجعلوه شرطاً في صحة الحكم .

أما شروط الإعذار عند المالكية فهي :

١- أن يشهد القاضي على الإعذار ، فإن كان بواحد جاز ، وإن تعدد كان أفضل[3] .

٢- أن يكون في الإعذار فائدة ، فإن خلا عنها فلا إعذار . وضربوا مثالاً بأن يقر المدعى عليه في مجلس القاضي مع وجود شهود عدول على إقراره ، فلا فائدة عندها من الإعذار[4] .

٣- إذا وجه القاضي من يسمع الدعوى من المريض أو المرأة ، فلا يحق للخصم أن يطلب العذر فيهما ، ذلك أن القاضي أقامهم مقام نفسه ، وهو لا يعذر في نفسه[5] .

٤- أن الخصم إذا كان يريد الإعذار لأجل خبر يتعلق بمزكي السر الذي يخبر القاضي سراً بعدالة الشهود ، فلا إعذار فيه ، وكذا بجرحهم ، وليس على الحاكم

---

(١) (ابن عابدين/ تنقيح الفتاوى الحامدية/ ج١ص٣٠٢) .

(٢) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٣١) .

(٣) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٣٢) . (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٣٠) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٣٢٤) .

(٤) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص١٤٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٩٦) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ ص٣٢٤) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ص١٥٨) .

(٥) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٣٢٤) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص١٤٨) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ص١٥٨) .

تسميته . ولو سئل عمن عدل أو جرح لم يلتفت إليه[1] .

٥- المبرز في العدالة لا يصح الإعذار فيه ، ما لم تكن هناك عداوة بينه وبين المشهود عليه أو قرابة[2] .وذلك لأن طلب الإعذار فيه ليس في مكانه ؛ لأنه لن يجد غير العدالة ، لكونه مبرزاً . أما من كان دون ذلك ، فيحق له طلب الإعذار فيه .

٦- إذا خشي القاضي ضرراً على بينة شهدت على الخصم أو جرحت بينته ، فلا إعذار إليه فيها ، بل لا تسمى له[3] .

٧- أن الإعذار يصح طلبه من المدعي والمدعى عليه ، كما في المدونة وغيرها من كتب المالكية ، إلا أن بعضاً منها نص أنه للمدعى عليه . ورجح المتأخرون أنه لكليهما ، فيقول القاضي أبقيت لكما حجة ، فالحكم يتوجه تارة على الطالب وتارة على المطلوب[4] .

٨- أن مدة الإعذار متروكة لاجتهاد الحاكم وهو الأدرى بما تقدر به .

وقد ضرب ابن فرحون كذلك أمثلة من الآجال في الإعذار[5] ، إلا أنه ليس واحد منها له علاقة بالجزائيات ، وإنما كلها في الأموال .وقد جمع ابن عاصم شروط الإعذار وأحكامه فقال:

وقبل حكم يثبت الإعذار ∴ بشاهدي عدل وذا المختار
وشاهد الإعذار غير معمل ∴ في شأنه الأعذار للتسلسل
ولا الذي وجهه القاضي إلى ∴ ما كان كالتحليف منه بدلا
ولا الذي بين يديه قد شهد ∴ ولا اللفيف في القسامة اعتمد
ولا الكثير فيهم العدول ∴ والخلف في جميعها منقول[6]

---

(١) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص١٤٩) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٣٢٥) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ص١٥٧) .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٣١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٩٤) .

(٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٢٠١-٢٠٣) .

(٦) (الكافي/ إحكام الأحكام/ ص٢٥) .

المبحث الرابع

إصدار الأحكام

بعد انتهاء المرافعة ووضوح الصورة أمام القاضي ، واستعداده لإصدار الأحكام الخاصة بالقضية المرفوعة أمامه ، يأتي دور الحديث عن أصول إصدار هذه الأحكام كما يراها الفقهاء .

وتتعلق آراؤهم بما يصدر عن القاضي من تصرفات فعلية أو قولية ، ربما يكون لها علاقة في تحديد المحكوم له والمحكوم عليه وماهية الحكم ، ولكن اختلف في اعتبارها أحكاماً قضائية .

وكذلك حدد الفقهاء كيفية محددة لإصدار الأحكام ، تؤدي إلى قطع المنازعة ، وحفظ الحقوق ، ورفع هيبة وسمعة القضاء ، مع مراعاة صورتها العامة أمام الناس.

وذكروا كذلك آداباً تتعلق بإصدار الأحكام ، وتركوها للقاضي ؛ لأن قسماً منها لا يطلع عليه أحد سواه .

ولتوضيح إصدار الأحكام في الشريعة ، جاء هذا المبحث في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الحكم وبيان شروطه وأنواعه .

المطلب الثاني : ما يعتبر حكماً وما لا يعتبر .

المطلب الثالث : الأصول الشكلية في إصدار الأحكام .

المطلب الرابع : الآداب المتعلقة بإصدار الأحكام .

المطلب الأول

تعريف الحكم وبيان شروطه وأنواعه

الحكم في اللغة : القضاء والمنع والرد والعلم والفقه[1] .

إلا أن الحكم يختلف في اصطلاح الفقهاء عن القضاء ؛ فالحكم تتسع دائرته أكثر من القضاء ليشمل أقوال وأفعال من ليس بقاضٍ ، بينما القضاء يختص بمن هو قاضٍ . فالحكم مدلوله أعم من القضاء .

يقول الإمام القرافي : « للإمام أن يقضي وأن يفتي وأن يفعل ما ليس بفتيا ولا قضاء ، كجمع الجيوش ، وإنشاء الحروب ، وحوز الأموال ، وصرفها في مصارفها ، وتولية الولاة ، وقتل الطغاة ، وهي أمور كثيرة تختص به لا يشاركه فيها القاضي ولا المفتي ، فكل إمام قاضٍ ومفتٍ ، والمفتي والقاضي لا يصدق عليهما وصف الإمامة »[2] .

إلا أن المقصود بالحكم في هذا المطلب وما بعده إنما هو الحكم القضائي بالتحديد ، فليس الحديث عن الإمامة العظمة ، وإنما عن القضاء تحديداً .

ويمكن تعريفه اصطلاحاً بأنه : « فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام »[3] .

أما شروط الحكم :

فقد اشترط الفقهاء جملة من الشروط حتى يكون الحكم صحيحاً منتجاً لآثاره الشرعية ، وتفصيل هذه الشروط كما يلي :

---

(١) انظر : (تعريف الحكم في الفصل الأول في مبحث أصول المحاكمات الشرعية الجزائية لغة واصطلاحاً) .
انظر : (الرازي/ مختار الصحاح/ ص٦٢) (الفيروزآبادي/ القاموس المحيط/ ص١٤١٥) (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٢ص١٤١) (الفيومي/ المصباح المنير/ ص١٤٥) .

(٢) (القرافي/ الفروق/ ج٤ص٧٩) .

(٣) (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص٦٤٣) .

١- أن يسبق الحكم دعوى صحيحة[1] :

فإن حَكَمَ القاضي دون وجود الدعوى الصحيحة ، كان حكمه واقعاً في غير محله .

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على هذا الشرط ، حيث ورد في المادة ١٨٢٩ ما نصه :

« يشترط في الحكم سبق الدعوى وهو أنه يشترط في حكم القاضي في خصوص متعلق بحقوق الناس ادعاء أحد على الآخر في ذلك الخصوص في أول الأمر ، ولا يصح الحكم الواقع من دون سبق دعوى[2] .

وعلل الفقهاء اشتراط هذا الشرط بأمرين :

أ - أن القاضي لا يعلم حقوق الناس فكيف يطالب بها[3] .

ب - أنه لا يملك القدرة على إجبار الناس على استيفاء حقوقهم ، وللناس أن يطالبوا بحقوقهم أو أن يتركوها ، وليس للقاضي حق التدخل في ذلك[4] .

ومن خلال السببين السابقين أمكن استثناء بعض الأحكام من هذا الشرط ، وأولها وأهمها : الحكم بما هو حق لله تعالى ، فإنها لا يشترط في استيفائها والحكم بها سبق الدعوى فيها ، وإنما يكفي أن يشهد شاهد بها .

يقول الفقهاء : « أما حقوق الله تعالى فلا يشترط فيها تقدم دعوى وخصومة ، لأنها واجبة الإقامة على كل أحد فكان كل واحد خصماً في إثباته، فصار كأن

---

(١) انظر (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٦٥) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ص٢٢٩) (الزركشي/ المنثور/ ج١ص ٣٠٧) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٣ص١٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٤ ص١٩٢) (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص٦٤٦) .

(٢) (لجنة المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص٣٧٢/ م١٨٢٩) .

(٣) انظر : (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ص٢٢٩) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٦٥) .

(٤) انظر : المرجعين السابقين .

الدعوى موجودة ، ولأنه تعالى لما أمر بإقامتها كان طالباً لها ، فلم يبق إلا إقامتها »[1].

وهذا بناء على ما تم إقراره سابقاً من أن هذه الحقوق ليست لأحدٍ معيّن لغلبة حق الله تعالى فيها ، ولضرورة دفع خطرها وعظيم أمرها لم يشترط إقامة دعوى من أحد فيها ، ولذا يصح حكم القاضي فيها وإن لم يسبق حكمه دعوى صحيحة .

ومن المستثنيات على هذا الشرط الحكم الضمني[2] ؛ لأن الحكم الضمني تابع، والحكم القصدي هو المتبوع ، وإنما كانت الدعوى مرفوعة لنيل الحكم القصدي لا الضمني ، ومن هنا لم يصح نقض الحكم الضمني ؛ لأنه ليس مقصود الحاكم بالحكم، ومثاله كما أسلفنا : لو حكم القاضي بالرجم على أحدٍ من الناس ، كان هذا الحكم متضمناً للحكم بإحصانه ؛ لأن الرجم لا يقام إلا على المحصن . ومثل هذا الحكم الضمني صحيح ، ولو لم يتقدم الحكم به دعوى صحيحة ، خلافاً للحكم الصريح .

ومما استثناه العلماء كذلك الحكم الفعلي ، فقالوا : إنه لا يشترط سبق الدعوى فيه والخصومة[3] ، على اختلاف بين العلماء فيما يعتبر من الأفعال حكماً وما لا يعتبر .

فالحكم الفعلي الذي لم يسبق دعوى ، كتزويج الصغيرة لا يبطل بفوات شرط الدعوى[4].

٢- اشتراط حضور الخصمين حين الحُكم أو حضور من ينوب عنهما[5] :

وهذا الشرط صرح به فقهاء الحنفية المتأخرون ، وذلك في مجلة الأحكام

---

(١) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٤ ص٢٢٩) .

(٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٦٥) .

(٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٦٥) .

(٤) انظر : (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ ص٤٨٦) .

(٥) انظر : (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٦٧) .

العدلية في المادة ١٨٣٠ ، حيث ورد ما نصه : « يشترط حضور الطرفين حين الحكم، يعني يلزم حضور الطرفين عند النطق بالحكم في مجلسه بعد المحاكمة والمواجهة »[١].

ونص شارحو المجلة على أن حضور النائب كافٍ لتصحيح الحكم[٢] .

وقد سبق الحديث عن آراء العلماء في الحكم على الغائب ، فليراجع .

٣- اشتراط وضوح الحكم[٣] :

والوضوح متعلق بالمحكوم به والمحكوم له والمحكوم عليه ، فلا بد أن يكون حكمه تجاهها واضحاً .

فإن الحكم كما تم تعريفه سابقاً إنما هو فصل الخصومة وحسم النزاع ، وهو لا يكون كذلك إذا كان مبهماً ، حيث إنه إن كان كذلك لم يمكن تنفيذه ولم يكن رافعاً للخلاف بين المتنازعين[٤] ، وإذا صدر الحكم على هذه الصفة من الإبهام كان الحكم باطلاً .

يقول الإمام العز : « فإن الإبهام في المحكوم به والمحكوم له والمحكوم عليه مبطل للدعاوى والشهادات والأحكام »[٥].

٤- أن يكون الحكم بصيغة صحيحة :

وهذا له صفات :

أ - أن تدل الصيغة على الإلزام .

ب - أن توافق مذهب القاضي .

جـ - أن تكون دلالتها على إنشاء الحكم صريحة .

---

(١) (لجنة المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص٣٧٢/ م ١٨٣٠) .

(٢) انظر (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٦٨) .

(٣) انظر : (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص٦٥٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٢٦) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص٤٩) .

(٤) المراجع السابقة .

(٥) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ص١٥٣) .

أما الإلزام ، فإن العلماء فرقوا بين القضاء وغيره كالإفتاء فقصروا الإلزام على القضاء ، واتفقت كلمتهم على ذلك[1] .

فإذا فقد الإلزام فقد الحكم قوته وصار حاله حال الفتوى ، والفتوى غير ملزمة . ومعنى حكم القاضي بالأمر إنما هو إلزامه لكل أحد[2] .

أما موافقة مذهب القاضي فيقصد بها أن تكون صحيحة في مذهب القاضي بالنسبة لموضوع النزاع ، لاختلاف المذاهب في الصيغ .

وقد نص على هذا الشرط ابن فرحون وجعله من شروط الحكم ، بأن يكون صحيح الصيغة في مذهب القاضي[3] .

أما دلالة الصيغة فيشترط أن تكون صريحة على إنشاء الحكم ، وفي ذلك يقول الإمام العز : « لأن اللفظة المترددة بين أمرين إذا صدرت من حكم أو غيره لم يجب حملها على أحد الأمرين ، إلا أن تكون ظاهرة فيه لا يفهم منه عند الإطلاق غيرها »[4].

إلا أن العلماء اختلفوا فيما يحقق هذه الشروط من الصيغ ، وسنذكرها فيما يعتبر حكماً وما لا يعتبر .

٥- اشترط المالكية أن يسبق الحكم الإعذار ، وقد تم ذكره سابقاً[5] .

أما أنواع الحكم :

فقد ذكر الفقهاء أنواعاً متعددة وباعتبارات مختلفة ، وسأقتصر في ذكر ما يفيد في الأحكام الجزائية قدر المستطاع . ومن هذه الاعتبارات :

---

(١) انظر : (ابن الشاط/إدرار الشروق/ج٤ص٨٩) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ج٤ص٢٩٧) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٦ص٢٧٧) (الخطيب الشربيني/مغني المحتاج/ج٦ص٢٩١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج١ص ١١٧) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج١ص١١٨) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج١ص١١٨) .

(٤) (العز/ قواعد الأحكام/ج٢ص٤٦) .

(٥) انظر : ص٥٠٩ .

أولاً : من حيث الحكم بصحة المحكوم به أو موجَبه :

وهو نوعان :

١- الحكم بالموجَب .

٢- الحكم بالصحة .

أما الحكم بالموجب ، فهو إظهار المتولي قضاءه بأمر ثبت عنده أو بالإلزام بما يترتب على ذلك الأمر منه على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعاً[١].

أما الحكم بالصحة ، فهو « إظهار المتولي قضاءه بنحو حكمتُ في أمر ثبت عند وجوده بشرائطه الممكن ثبوتها ، أن ذلك الأمر صدر من أهله في محله على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعاً »[٢].

وفي توضيح الفرق بينهما يقول الإمام السبكي[٣]:

« إن الموجب هو الأمر الذي يوجبه ذلك اللفظ ، والصحة كون اللفظ بحيث يترتب عليه ذلك الأثر ، وهما مختلفان ، والأول حكم شرعي ، والثاني شرعي ، وقيل : عقلي »[٤].

وحصر الإمام السيوطي[٥] الفرق بينهما بعدة أمور ، وهي :

---

(١) (الهيتمي/ الفتاوى الفقهية الكبرى/ ج٢ص١٩٩) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١١٩) .

(٢) (الهيتمي/ الفتاوى الفقهية الكبرى/ ج٢ص١٩٨) .

(٣) السبكي : تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي الأنصاري الخزرجي ، أبو الحسن ، ولد في مصر في ٦٨٣هـ ، وتوفي في ٧٥٦ هـ ، ودفن بالقاهرة . من مؤلفاته : مجموعة فتاوى ، الابتهاج في شرح المنهاج، مختصر طبقات الفقهاء ، المسائل الحلبية وأجوبتها . (حاجي خليفة/ كشف الظنون/ ج١ص٣، ٧) (السيوطي/ طبقات الحفاظ/ ص ٥٢٥) .

(٤) (السبكي/ فتاوى السبكي/ ج١ص٣٧٤) .

(٥) السيوطي : أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد سابق الدين الخضيري السيوطي جلال الدين ، ولد في القاهرة ٨٤٩هـ ، وتوفي فيها ٩١١هـ ، إمام شافعي فقيه حافظ مؤرخ أديب نحوي مفسر أصولي ، بلغ رتبة الاجتهاد، مصنفاته بلغت ٩٠٠ مصنف ، منها : الإتقان في علوم القرآن ، الدر المنثور ، الأشباه والنظائر ، تدريب الراوي ، وغيرها الكثير . (حاجي خليفة/ كشف الظنون/ ج٢ص٢٠٤٧) (العكري/ شذرات الذهب/ ج٤ص٥١) .

« الأول : أن الحكم بالصحة منصب إلى إنفاذ ذلك الصادر من بيع ووقف ونحوهما ، والحكم بالموجب منصب إلى أثر ذلك الصادر .

الثاني : أن الحكم بالصحة لا يختص بأحد ، والحكم بالموجب يختص بالمحكوم عليه بذلك.

الثالث : أن الحكم بالصحة يقتضي استيفاء الشروط ، والحكم بالموجب لا يقتضي استيفاء الشروط ، وإنما مقتضاه صدور ذلك الحكم ، والحكم على المصدر بما صدر منه »[1].

أما في الجزائيات فقد نص الفقهاء على أن الحكم بالصحة لا يتناولها ، وإنما الذي يرد فيها إنما هو الحكم بالموجب ، ويتضح هذا من أمرين :

١- ضربوا السرقة والزنا مثلاً فيما لا يكون حكماً بالصحة بحال ، وإنما هو حكم بالموجب[2] .

٢- قالوا : إن كل دعوى كان فيها إلزام المدعى عليه بما أقر به أو قامت البينة به ، كان الحكم حينئذ بالإلزام وهو الموجب ، ولا يكون الحكم بالصحة ، ولكن يتضمن الحكم بالموجب الحكم بصحة الإقرار ونحوه[3] .

مما سبق يتضح أن الأحكام الجزائية تقع في باب الحكم بالموجب ، لا الحكم

---

(١) (السيوطي/الأشباه والنظائر/ص٥٢٩) .

وقد جمع الإمام الهيتمي في فتاويه كل الأقوال المتعلقة بالنوعين ، وسائر ما ذكر بينهما من فروق ، وورد على بعضها ووافق في البعض الآخر ، وجاء كلامه مستوعباً لصور النوعين . انظر : (الهيتمي/الفتاوى الفقهية الكبرى/ج٢ ص١٩٨ وما بعدها) .

(٢) انظر : (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج١٠ص١٤٣) (البهوتي/كشاف القناع/ج٦ص٣٢٤) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص١٢٠) .

ذكرت بعض الكتب أن الحكم بالسرقة والربا هو حكم بالموجب ، والصحيح أنه الزنا وليس الربا .

انظر : (الخطيب الشربيني/مغني المحتاج/ج٦ص٢٩٢) (الهيتمي/تحفة المحتاج/ج١٠ص١٤٣) .

(٣) (الهيتمي/الفتاوى الفقهية الكبرى/ج٢ص٢٠٨) (ابن فرحون/تبصرة الحكام/ج١ص١٢٠) .

بالصحة .

ثانياً : من حيث كون الحكم مستقلاً أم ضمنياً ، أي مقصوداً أو ضمنياً :

والحكم بهذا الاعتبار نوعان :

١- الحكم الصريح المستقل أو القصدي[١] . فيكون حكم القاضي منصباً على الحق المدعى به المطلوب الحكم به ، ويصح أن يقال الحكم المباشر ؛ لأن قول القاضي حكمت ، يتعلق به مباشرة ، وينصرف الذهن إليه .

ومثاله : أن يحكم القاضي أن فلاناً زنى ، وأن عقابه الرجم ، فالحكم بالرجم ثبت استقلالاً ؛ لأن الحكم متوجه إليه مباشرة .

٢- الحكم الضمني[٢]. وهو الحكم الذي لا يتوجه إلى المحكوم به مباشرة، بل يكون غير مقصود .

ومثاله في الحالة السابقة : إذا حكم برجم فلان الزاني ، فإنه حكم بإحصانه ، مع أن صيغة الحكم لم تشر إلى هذا ، لكنه مفهوم تضمناً ؛ لأن الرجم لا يكون إلا للمحصن .

وقد فصل الإمام ابن فرحون في ذكر الأمثلة على النوعين ، وليس من بينها ما هو داخل في الجزائيات[٣] .

والفائدة المترتبة على هذا التقسيم[٤] :

١- يشترط في الحكم القصدي أن تسبقه دعوى صحيحة وخصومة ، بينما لا يشترط ذلك في الحكم الضمني .

٢- يتساهل في الحكم الضمني بما لا يتساهل في الحكم القصدي أو المستقل ،

---

(١) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١١٤) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٦٦) .

(٢) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١١٤) .

(٣) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١١٤) .

(٤) انظر : (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص٦٦٦) .

من حيث إنهم لم يشترطوا لصحته نفس الشروط المطلوبة لصحة الحكم القصدي .

ولذلك تجد العلماء ينصون على ذلك بقولهم : « وهم يغتفرون في الضمنيات ما لا يغتفرون في القصديات »[1] .

ثالثاً : من حيث الاستحقاق والترك :

وهو نوعان :

١- حكم الاستحقاق أو قضاء الاستحقاق أو قضاء الإلزام أو الحكم الإيجابي[2] .

وقد ورد في مجلة الأحكام العدلية ما نصه :

« الحكم هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها ، وهو على قسمين :

القسم الأول : هو إلزام القاضي المحكوم به على المحكوم عليه بكلام ، كقوله حكمت ، أو أعط الشيء الذي ادعى به عليك ، ويقال له قضاء الإلزام وقضاء الاستحقاق »[3] .

٢- حكم الترك أو الحكم السلبي أو قضاء الترك[4] .

وورد تعريفه في مجلة الأحكام العدلية كما يلي :

« والقسم الثاني : هو منع القاضي المدعي عن المنازعة بكلام ، كقوله : ليس لك حق ، أو أنت ممنوع عن المنازعة ، ويقال لهذا : قضاء الترك »[5] .

وقد فرّق الشيخ علي حيدر في شرحه لمجلة الأحكام العدلية بين قضاء الاستحقاق وقضاء الترك من خلال التعريف ، فذكر أن الحكم إذا كان لصالح

---

(١) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٢٩٢) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٢ص٣٩٢) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج١ص٣٦٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٢ص٢٩٠) .

(٢) انظر : (العبادي/ الجوهرة النيرة/ ج٢ص٢١٧) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٥٧٤) .

(٣) (جمعية المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص٣٦٤/ م١٧٨٦) .

(٤) انظر : (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٥٧٤) .

(٥) (جمعية المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص٣٦٥/ م١٧٨٦) .

المدعي فهو قضاء استحقاق ، وإذا كان لصالح المدعى عليه فهو قضاء الترك[1] .

ثم وضع فروقاً بين النوعين فقال :

« ١- أن المقضي عليه بقضاء الاستحقاق لا يجوز أن يقضي له في تلك الحادثة، أما في قضاء الترك فيجوز ذلك .

٢- إذا ادعى الشخص الثالث أن المال المحكوم به هو ماله فلا تسمع هذه الدعوى في قضاء الاستحقاق ، وتسمع في قضاء الترك » [2] .

رابعاً : من حيث وسيلة التعبير عن الحكم :

ويقسم إلى نوعين :

١- الحكم القولي : وهو الذي يعبر عنه بقول يصدر عن القاضي ، كقوله : حكمت أو ألزمت أو قضيت .

٢- الحكم الفعلي[3] : وهو الذي يعبر عنه بفعل يصدر عن القاضي ، وسيأتي الحديث عما يعتبر حكماً من الأفعال الصادرة عن القاضي[4] .

خامساً : من حيث حضور المحكوم عليه أو غيابه :

ويقسم إلى نوعين :

١- الحكم الوجاهي : وهو أن يكون المحكوم عليه حاضراً ويواجه بإصدار الحكم عليه .

٢- الحكم الغيابي : وهو أن يكون المحكوم عليه غائباً .

وهذا التقسيم لم يتطرق إليه من الفقهاء أحد -في حدود علمي- سوى الشيخ علي حيدر في شرحه لمجلة الأحكام العدلية[5] .

---

(١) انظر (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٨٢) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ ص٣٥٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٦٦) .

(٤) انظر : ما سبق : (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص٦٦٧) .

(٥) انظر : (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٨٢) .

المطلب الثاني

ما يعتبر حكماً وما لا يعتبر

ذكر الفقهاء جملة من التصرفات التي قد يفعلها القاضي ، والتي قد يشتبه في أمرها هل هي حكم أم ليس بحكم ، سواء أكانت أقوالاً أم أفعالاً .

والفائدة من معرفة ما يعتبر حكماً وما لا يعتبر ، هو أن الحكم له طريقة خاصة في التعامل ، بخلاف بقية التصرفات ، كالنقض مثلاً ؛ فإذا اعتبرنا تصرفاً ما من التصرفات التي يمارسها القاضي حكماً ، فإنه يستتبع إجراءات خاصة وشروطاً خاصة ، حيث يتم نقض هذا الحكم ، أما إن لم يكن كذلك فلا حاجة لنقضه ؛ لأنه ليس بحكم .

ومن الفروق بين الحكم وغيره : أن الحكم يلزم تنفيذه ، وما لم يكن كذلك فلا ينفذ .

أما تفصيل هذه التصرفات فكما يلي :

١- إذا قال القاضي : حكمت بكذا ، فهو حكم .

وجاز بكل لفظ آخر يقوم مقامه ، كأن يقول : ألزمت ، وقضيت ، أو علمت، أو ظهر عندي ، أو أمضيت ، أو أنفذت عليك[1] .

أما إن قال : لا أرى لك حقاً في كذا ، فليس بحكم . وإن قال : أظن ، فإنه ليس بحكم[2].

٢- أن يقول القاضي ثبت عندي كذا وكذا ، أو أن يقول ظهر عندي أو صح عندي ، فهل هذا حكم ؟

---

(١) انظر : (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٣٥٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٧٧، ٢٧٨) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص١٢٨) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ص٣٩٢) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٧٨) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ص٣٩٢) .

أما جمهور العلماء فيرون أن الثبوت ليس بحكم ، وصرحوا بذلك [1] .

أما إذا بلغ هذا الثبوت لغيره من القضاة في كتاب أو غيره ، فقالوا إنه إذا قامت الحجة عند القاضي وتوافرت الشروط اللازمة للحكم وانتفت الموانع المانعة للحكم ، فعندها يعتبر حكماً [2] .

وقد عدد ابن فرحون عشرين حالة من الثبوت لا تعتبر أحكاماً في الراجح عنده [3] ؛ كإثبات الصفات في الذوات ، وإثبات العدالة أو الجرح ، وإثبات أسباب المطالبات ، وثبوت قيمة المتلف ، ويقاس عليها قيمة مهر المزني بها عند عدم الحد ، فلا يعتبر حكماً .

واستدل الجمهور على أن الثبوت ليس بحكم ، فقالوا : إن الثبوت يوجد في المواطن التي لا حكم فيها ، كالعبادات ؛ كصلاة الجمعة وثبوت الهلال ، فإذا وجد الثبوت بدون حكم كان أعم منه ، والأعم من الشيء غيره بالضرورة [4] .

ويرى الحنفية في الراجح عندهم أن الثبوت حكم ، فإذا قال ثبت عندي أو ظهر عندي أو صح عندي أو علمت ، فهذا كله حكم ، وأنه لا يشترط قوله حكمت أو قضيت [5] .

واعتبروا هذه الألفاظ كقوله حكمت وقضيت ، إلا أن الأولى أن يبين أن الثبوت بالبينة أو بالإقرار ؛ لأن حكم القاضي بالبينة يخالف الحكم بالإقرار [6] .

وذهب الإمام السبكي من الشافعية وبعض المالكية إلى التفصيل بين أن يثبت

---

(١) (الرصاع/ شرح حدود ابن عرفة/ ص٤٣٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١١٩) .

(٢) (الرصاع/ شرح حدود ابن عرفة/ ص٤٣٧) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٠٤، ١١٩) .

(٤) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٣٠) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص٥١) (القرافي/ الفروق/ ج٤ص ٤٨) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٢٩٧) .

(٥) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص٥١) (ابن أبي اليمن/ لسان الحكام/ ص٢٢٢) (ابن عابدين/ تنقيح الفتاوى الحامدية /ج١ص٣٠٢) .

(٦) (ابن أبي اليمن/ لسان الحكام/ ص٢٢٢) .

الحق أو السبب ، «فإن أثبت السبب كقوله : ثبت عندي أن زيداً وقف هذا ، فليس بحكم ؛ لأنه بعد ذلك يتوقف على نظر آخر ، هل ذلك الوقف صحيح أو باطل ... وإن أثبت الحق ، كقوله : ثبت عندي أن هذا وقف على الفقراء ، فهو في معنى الحكم ؛ لأنه تعلق به حق الموقوف عليه ولا يحتاج إلى نظر آخر»[1] .

٣- إجازة القاضي حكم غيره ، كأن قضى فضولي بمجلس الحكم ، فإن الحنفية اعتبروه من الأحكام[2] . ولم ينص على هذا غيرهم .

٤- أمر القاضي: اختلف العلماء في أمر القاضي هل هو من الأحكام أم لا ؟

وقد نص الحنابلة وبعض الحنفية على أن أمر القاضي حكم ، كأن يأمر بإراقة النبيذ ، وقالوا : إنه يرفع الخلاف ، وبذا فهو من الأحكام[3] .

وخالف الشافعية وبعض الحنفية ، فقالوا : إن أمر القاضي لا يعتبر من الأحكام ، فلو أمر القاضي المحكوم له بأخذ حقه من الآخر ، كأن يقول لولي المقتول: اقتل القاتل ، فإنه لا يكون حكماً[4] .

٥- التنفيذ ، هل هو حكم ؟

اختلف الفقهاء في اعتبار التنفيذ حكماً من الأحكام . والتنفيذ المقصود هنا هو فعل القاضي ما يفيد قطع الخلاف[5] . وبذا اعتبره بعض الفقهاء من الأحكام .

---

(١) (السبكي/ فتاوى السبكي/ ج٢ص٤٤١) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٨٢) .

(٣) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣٢١) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٤٨٥) (ابن نجيم/ الأشباه والنظائر / ج٢ص٣٩٢) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٣٥٣/ ٤٢٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٧٨) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ص٣٩٢) .

(٤) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص١١٨، ١١٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٧٨) (الحموي/ غمز عيون البصائر / ج٢ص٣٩٢) .

(٥) يقول الإمام البهوتي وبعض الحنفية : ومعنى التنفيذ أن يحصل من الخصم منازعة عن قاضٍ آخر ، ويرفع إليه حكم الأول فيمضيه وينفذه ، ولزمه العمل بمقتضاه . وأما التنفيذ المتعارف الآن المستعمل غالباً فمعناه إحاطة القاضي الثاني علماً بحكم القاضي الأول على وجه التسليم ، وأنه غير معترض =

وهذا التنفيذ في الصورة التي أوردها الفقهاء إنما تحصل من قاضٍ ثانٍ غير القاضي الذي أصدر الحكم . وبذا يكون الحديث عن تنفيذ القاضي قضاء غيره .

فأجازه الشافعية والحنابلة ، وقالوا : إنه من باب التأكيد للحكم الأول ، واشترط الشافعية له شروط الحكم لقبوله[1] .

أما الحنفية والمالكية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة فمنعوه ، وصرحوا أن التنفيذ لا يعتبر في هذه الحالة من الأحكام[2] .

يقول ابن فرحون في ذلك : « فالتنفيذ غير الثبوت والحكم ؛ فالثبوت هو الرتبة الأولى ، والحكم هو الرتبة الوسطى ، والتنفيذ هو الرتبة الثالثة ... وأما قوة التنفيذ فأمر زائد على كونه حكماً »[3].

واستثنى من ذلك حالة واحدة ، وهي أن يقول الحاكم : حكمت بما حكم به الأول ، وألزمت بموجبه ومقتضاه[4] .

وبذا يكون في معنى ما ذكرناه سابقاً من إجازة القاضي حكم غيره .

واستدل الحنابلة على أنه ليس بحكم بقولهم : إن أقصى ما فيه أنه يتضمن الحكم بصحة الحكم المنفذ[5] ، والحكم بصحة الحكم المنفذ لا يقصد منه الحكم بالصحة الذي ذكرناه بداية المطلب ، فهو في هذه الصورة حكم بصحة حكم الغير من خلال التنفيذ ، فهو ضمني لا صريح . أما الحكم بالصحة الذي سبق ذكره فهو

= عنده ، ويسمى اتصالاً . انظر (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣٢٣) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص٥٢) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ ص٤٨٧) .

(١) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٢٥٨) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٤٨٧) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ ص٣٢٣) .

(٢) انظر المراجع السابقة وانظر (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص٥٢) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٣٢) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص٥٢) (القرافي/ الفروق/ ج٤ ص٩٨) .

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٣٢) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص٥٢) .

(٥) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣٢٣) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٤٨٧) .

أن يصرح القاضي الذي ترفع أمامه القضية بصحة التصرف ، وهذا ليس المقصود في الحكم بصحة الحكم المنفذ .

٦- فتوى القاضي : اتفق العلماء على أن فتوى القاضي ليست بحكم[١] ، وأنه إذا أفتى في مسألة ثم حكم غيره بغير ما أفتى به ، لم يكن ذلك نقضاً لحكمه[٢].

والفرق بين الفتوى والحكم ، أن الفتوى لا إلزام فيها ، وأنها لا تتعرض للنقض ولا للإبطال ؛ لانعدام الإلزام فيها . أما الحكم فإنه ينتقض ، والذي ينتقض فيه إنما هو الإلزام الناشئ منه ، وبذا خالف الفتوى .

٧- سكوت القاضي هل هو حكم ؟

اختلف العلماء في ذلك ؛ فمنهم من اعتبر سكوته من باب الحكم ، والبعض الآخر لم يعتبره كذلك .

أما إن كان السكوت دالاً على الإقرار ، فهو عند الجمهور ليس من الأحكام ، مع اختلافهم فيما يعتبر إقراراً وما لا يعتبر . واستدلوا على ذلك بأن الإقرار إنما هو عدم التعرض وليس حكماً[٣] .

أما عند المالكية ، فذكروا أن الإقرار حكم[٤] .

والسبب في ذلك عند المالكية أنه يرفع الخلاف ، فإن كان لا يرفع الخلاف فليس بإقرار ، ولا يكون حكماً كذلك[٥] ، وأن القاضي يملك الإنشاء ، فله أن يملك الإقرار[٦] .

---

(١) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٣٥٦) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٤٨٦) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ ص٨٥) .

(٢) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٣٥٦) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٤٨٦) .

(٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٣٥٢) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣٢٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٨١) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٤٨٨) .

(٤) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٣٥٦) .

(٥) المرجع السابق .

(٦) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ص٤٧) .

وعند الشافعية ، الإقرار بالشيء إن كان على جهة الحكم كان حكماً ، وإن لم يكن بأن كان في معرض الحكايات والإخبار عن الأمور المتقدمة لم يكن حكماً[1] .

وبالتالي كان اختلافهم فيما يعتبر إقراراً وما لا يعتبر .

أما مجرد السكوت فالخلاف فيه أوسع . ومن أمثلة السكوت أن يقيم المدعي شاهداً على القتل ورفعه لمن لا يرى القسامة فلم يحكم بها ، فهل لغيره الحكم على اعتبار أن سكوت الأول عن الحكم ليس بحكم ، أم أنه ليس بحكم لأن سكوته إقرار، وبذا يكون حكماً ؟

ومنها كذلك : أن يُفعل أمام القاضي فعل يرجع فيه الحق لصاحبه ، ثم يسكت القاضي، فهل هو حكم ؛ لأن سكوت القاضي في معرض الحاجة إلى بيان بيانٌ ، أم أن السكوت يعني عدم التعرض للفاعل وليس هذا بحكم كما قال الحنابلة[2] ؟

خلاصة القول في هذا المطلب :

والذي يمكن قوله في هذا الموضوع : إن لولي الأمر أن يقيد القاضي بألفاظ خاصة تعتبر عندها الأحكام ، وحتى لو كان ذلك متعلقاً بتصرفات غير قوليه تصدر عن القاضي ، فيلزمه الإمام بقرنها بألفاظ ترفع الخلاف وتزيل الالتباس .

فإن الذي جعل العلماء يبحثون ما يعتبر حكماً وما لا يعتبر في بعض المسائل، عدم وجود ما يلزم القاضي بألفاظ خاصة وأصول محددة في إصدار الأحكام .

فإن وجدت ارتفع الخلاف بوجودها ؛ وصار القضاة ملزمين بهذه الألفاظ ، بحيث لا يعتبر ما سواها من الأحكام .

---

(١) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص٥٤) .

(٢) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣٢٣) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٤٨٨) .

المطلب الثالث

الأحكام الشكلية في إصدار الأحكام

نص العلماء على العديد من الأحكام الشكلية المعلقة بإصدار الأحكام، وهي:

١- أن يدون الحكم ويسجله مع ذكر الأسباب الموجبة للحكم[١]:

والأسباب الموجبة : هي المسألة الشرعية التي بني عليها الحكم والشهادة أو الإقرار أو اليمين أو النكول عن اليمين المبتنى عليه الحكم الواقع[٢] .

ونصت المادة (١٨٢٧) من مجلة الأحكام العدلية على أنه : « بعدما يتم القاضي المحاكمة يحكم بمقتضاها ، ويفهم الطرفين ذلك ، وينظم إعلاماً حاوياً للحكم والبينة مع الأسباب الموجبة له ، فيعطيه للمحكوم له ، ويعطي لدى الإيجاب نسخة منه للمحكوم عليه أيضاً »[٣].

ويرى الشيخ علي حيدر أن ضرورة بيان الأسباب الموجبة هو « أن يقف المحكوم عليه على تلك الأسباب ، فلا يظهر أن القاضي قد جار عليه وظلمه ، فيتظلم للناس من القاضي ؛ لأن من يسمع يخل ، والعامة كثيراً ما تخل بشرف القاضي ونزاهته ، مع كونه يكون بريء الذمة »[٤].

٢- أن يسلم الحكم المسجل للمحكوم له وللمحكوم عليه :

وقد نصت مجلة الأحكام على ذلك كما هو في البند السابق .

وذكر الشارح لمجلة الأحكام السبب في تسليم هذه النسخ ، وهي :

« أ - أن لا ينسى الحكم المذكور بطول الزمن ومرور الأوان .

---

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٨١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٦١) .

(٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٦٢) .

(٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٥٨) .

(٤) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٦١) .

ب - ليتمكن المحكوم له من إبراز الحكم للموظف كي يجري الحكم .

فلو ذهب المحكوم له أو عليه إلى بلدة قاضٍ آخر فيجب إجراء ذلك الحكم من قاضٍ آخر ولا يمكن لهذا القاضي أن يجري الحكم ما لم يطلع على الإعلام »[1].

« أما المحكوم عليه فيعطى نسخة من الحكم المذكور حتى يقف على كيفية المحاكمة والحكم ، وليتمكن من عرض الحكم المذكور على الفقهاء ليعلم إذا كان الحكم موافقاً لأحكام الشرع وأصول المحاكمة ، أو لم يكن موافقاً ، وليتمكن من استئناف أو تمييز الحكم إذا رغب في ذلك »[2].

« ويشمل الإعلام الذي ذكر فيه الحكم على :

دعوى المدعي : إذا سرد المدعي مدعياته في جلسات عديدة يرفق القاضي في جميعها ويطوي :

أ - المكررة منها ، فإنه لا فائدة من ذكر المكرر ، بل إنه يوجب الصعوبة والتشويش حين تدقيق الإعلام استئنافاً أو تمييزاً .

ب - يخرج الإفادات غير اللازمة في الدعوى ؛ لأن ذكر إفادات غير مقيدة في الدعوى اشتغال بالعبث ، ويوجب الإشكال عند تدقيق الإعلام استئنافاً أو تمييزاً .

ج - يكتب إفادات المدعي التي بينها في الجلسات العديدة في محل واحد .

ويجوز أن تؤلف نماذج بكيفية تنظيم وتحرير الإعلامات الشرعية ، وتطبع وتنشر على القضاة وتربط صورة تنظيمها بقواعد منتظمة »[3].

٣- التصريح بأسماء الشهود في الحكم :

« وهذا إذا كان الحكم على غائب ، وذلك ليعرف الغائب من يشهد عليه . وكذا ينبغي أن يفعله في كل ما ينبغي فيه إعذار »[4].

---

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٦٢) .

(٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٦٢) .

(٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٦٣) .

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٩٩) .

وهذا عند المالكية ؛ لأن المدعى عليه قد يحتاج إلى معرفة أسمائهم ليطلب بناء على ذلك الإعذار لأجل الطعن فيهم وإثبات عكس ما أثبتوه عن طريق الطعن في شهادتهم .

وعند الحنفية يشترط ذكر أسماء الشهود إذا ثبتت الدعوى بطريق الشهادة على الشهادة[1] .

٤- حضور الشهود الحكم :

فلا يصح الحكم إلا بوجود الشهود[2] ، والمقصود بالشهود هنا من يشهد على حصول الحكم والنطق به ، لا الشهود الذين تم الاعتماد على أقوالهم في الحكم ؛ لأنه لا يشترط حضورهم ، ويصح الحكم بدونهم .

يقول الإمام الدسوقي : « وأيضاً الحكم إنما يتم بالشهود ، وإنما نكَّر لئلا يتوهم مع التعريف أنه لا بد من إحضار الشهود المقامين عنده مع أن المطلوب إحضار مطلق شهود »[3] .

مما سبق ، فإن صدور الحكم على وجه محدد له أهداف يجب مراعاتها عند الإصدار .

وقد أخذت التشريعات الجزائية في الدول الإسلامية التي تطبق الشريعة في أحكامها بذلك ؛ فنصت على أن حكم الإدانة يجب أن يشتمل على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة بياناً كافياً تتحقق به أركان الجريمة والظروف التي وقعت فيها ، والأدلة التي استخلصت منها المحكمة ثبوت وقوعها من المتهم[4] .

---

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٦٤) .

(٢) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣١٩) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص١٣٩) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٢٩٨) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٣٥٤) .

(٣) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص١٣٩) (الدردير/ الشرح الكبير/ ج٤ص١٣٩) .

(٤) (حسن حمادي/ قضاء الحدود والقصاص والدية/ ص٤١٩) .

المطلب الرابع
الآداب المتعلقة بإصدار الأحكام

يلزم القاضي معرفة جملة من الآداب الشرعية التي لا يعلمها أحد منه إلا الله تعالى ، ولذلك عدت من قبيل الآداب :

١- أن يؤسس الحاكم أموره على النية الصالحة في أحكامه[١] .

٢- ألا يختلف حكمه لاختلاف المحكوم عليه فقط ، وذلك تحقيقاً لغرض شخصي أو مكسب دنيوي ؛ لأن ذلك من الكبائر .

وصورة الأمر : أن يكون في المسألة قولان ، أحدهما فيه تشديد ، والآخر فيه تخفيف ، فيقضي على العامة بالتشديد ، وعلى الخاصة من ولاة الأمور بالتخفيف ، فذلك قريب من الفسوق والخيانة في الدين والتلاعب بالمسلمين ، وذلك دليل فراغ القلب من تعظيم الله تعالى ، وإجلاله وتقواه ، وعمارته باللعب وحب الرياسة ، والتقرب إلى الخلق دون الخالق[٢] .

٣- أن يكون إصدار الأحكام بعد التثبت والروية والأناة، ما دام التأني فيه منفعة[٣]. وفي الحديث الشريف: « إذا تأنيت -وفي رواية : تثبت- أصبت أو كدت تصيب ، وإذا استعجلت أخطأت أو كدت تخطئ »[٤].

ويكون التأني لغرض مراجعة الكتب المعتمدة حتى يتضح الحال أمامه ، ويجد

---

(١) (ابن خلدون/ رسالة ابن خلدون للقضاة/ ص١٠٣) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٧٤) (الجصاص/ أحكام القرآن/ ج٢ص٣٩٣) .

(٣) (ابن خلدون/ رسالة ابن خلدون للقضاة/ ص١٢٣) .

(٤) (سنن البيهقي الكبرى/ ج١٠ص١٠٤/ ح٢٠٠٥٨) (العجلوني/ كشف الخفاء/ ج١ص٨٨، ٣٥٠) ، وفي سنده سعيد بن سماك وهو متروك .

ويشهد له قول النبي ﷺ لأشج عبد القيس : « إن فيك خصلتان يحبهما الله ؛ الحلم والأناة » . (المناوي/ فيض القدير/ ج٣ص٣٧٨) .

للقضية مخرجاً[1] .

٤- أن يعلم أن غلبة الظن في الحكم كافية ، وأنه غير ملزم بالقطع بالصواب ؛ لأن إلزامه بذلك تعطيل للأحكام ، أما إن كان دون غلبة الظن فعليه بالتوقف التزاماً بقولـه تعـالى : ﴿ فَتَبَيَّنُوٓاْ أَن تُصِيبُواْ قَوۡمَۢا بِجَهَٰلَةٖ فَتُصۡبِحُواْ عَلَىٰ مَا فَعَلۡتُمۡ نَٰدِمِينَ ﴾[2] ، والتوقف أسهل من اقتحام الخطر[3] .

٥- أن يعتذر القاضي للمحكوم عليه ، فيذكر وجه الحكـم عليـه[4] ، ويفهمه الأسباب الموجبة للحكم ، حتى يعلم صحة قضاء القاضـي فيـه ، وينقطـع العـذر في اتهامه بالحيف والظلم.

---

(١) (ابن خلدون/ رسالة ابن خلدون للقضاة/ ص١٢٠) .

(٢) (سورة الحجرات ، آية رقم ٦) .

(٣) (ابن خلدون/ رسالة ابن خلدون للقضاة/ ص١٢٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٧٧، ٢٨٨) .

(٤) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٦١) .

الفصل الخامس

أصول المحاكمات الشرعية الجزائية بعد المحاكمة

بعد أن تصدر الأحكام من القاضي في القضايا المنظورة أمامه ، تأتي المرحلة الأخيرة من الأصول الشرعية التي تحكم عملية التقاضي ، فإن إصدار الأحكام لا يعني انتهاء هذه العملية ، بل بداية لإجراءات جديدة لا تحصل إلا بعد النطق بالحكم، كالإبرام والنقض والتنفيذ ، وهي مضبوطة بأصول محددة ، ذكرها الفقهاء يرحمهم الله .

وبالنظر إلى الفصول السابقة ، فإن المحاكمة الشرعية الجزائية تجري وفق أصول وأسس لا بد من مراعاتها إلزاماً في كثير من الحالات ؛ إلا أن هذه المراعاة قد لا تحصل فتقع المحاكمة دون الأخذ بهذه الأصول الإجرائية الخاصة ، مما يؤدي إلى التأثير على المحاكمة بصورة عامة ، وعلى الحكم بصورة خاصة . فكان لزاماً النظر في مدى أثر مخالفة أصول المحاكمات الشرعية الجزائية على المحاكمة الجزائية . ويعتبر تقرير هذا الأثر من أخطر مراحل التعامل مع أصول المحاكمة الجزائية ، لاعتبارات عديدة تذكر في حينها .

وقد جاء هذا الفصل موزعاً على المباحث التالية :

المبحث الأول : أصول إبرام الأحكام الشرعية الجزائية ونقضها .

المبحث الثاني : أصول تنفيذ الأحكام الشرعية الجزائية .

المبحث الثالث : أثر مخالفة أصول المحاكمات الشرعية الجزائية .

المبحث الأول

أصول إبرام الأحكام الشرعية الجزائية ونقضها

يتناول هذا المبحث الأحكام القضائية الجزائية إبراماً ونقضاً .

فالقاضي إما أنه مصيب فيبرم حكمه ،و إما أنه مخطئ فينقض ، ولكل ذلك قواعد وأصول .

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين وهما :

المطلب الأول : إبرام الإحكام القضائية .

المطلب الثاني : نقض الأحكام القضائية .

المطلب الأول

إبرام الأحكام القضائية

نظراً لمبدأ حجية الحكم القضائي[1] ، فإن الأحكام القضائية إذا صدرت موافقة لشروط صحتها ووجودها ، كانت مبرمة . والفائدة من معرفة أن هذا الحكم مبرم أو غير مبرم تظهر في مسؤولية من ينفذ مثل هذا الحكم ؛ فالحكم المبرم إذا نفذ كان تنفيذه في محله ، وانتفت المسؤولية عن منفذه ، بخلاف الحكم غير المبرم ، فإنه لا يصح تنفيذه حتى يكتسب هذه الصفة بإجراءات خاصة محددة .

والأحكام نوعان فيما يتعلق بالإبرام -كما يظهر من أقوال الفقهاء- من ناحية الموضوع:

النوع الأول : أن يكون الحكم غير قابل للنقض موضوعياً ، وهو ما يمكن

---

(١) لمزيد من الاطلاع على حجية الأحكام القضائية يوجد بحث قيم لفضيلة الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين بعنوان: « حجية الأحكام القضائية » .

تسميته الإبرام المطلق .

النوع الثاني : أن يكون الحكم غير قابل للنقض شكلياً نظراً لتوافر شروط خاصة فيه .

أما النوع الأول: وهو الحكم غير القابل للنقض موضوعياً. وهذا له صورتان:

- **الصورة الأولى** : أن يكون الحكم مستنداً إلى نص قطعي الدلالة من قرآن ، أو سنة صحيحة ، أو إجماع ، أو قياس جلي ظاهر(1) .

فهذا النوع وهو المستند لهذه الأدلة القطعية في دلالتها على المراد منها بحيث لا يقبل الخلاف فيها مع وجود مثلها ، إنما هو حكم لا يقبل النقض . ويستدل على منع نقضه من قوله تعالى : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾(2) .

فالنقض مناقض للتسليم ، والتسليم شرط لتحصيل الإيمان بنص الآية ، والآية خطاب للنبي ﷺ ، فيفهم أن قبول حكم النبي ﷺ واجب ظاهراً وباطناً ، وأن القبول لا بد أن يقترن بالتسليم ، فكان التسليم مؤكداً بالمفعول المطلق زيادة في توكيد التسليم .

وسبب نزول الآية كما ذكر المفسرون أنها نزلت في الأنصاري الذي تخاصم مع الزبير بن العوام رضي الله عنه إلى النبي ﷺ ، فاعترض على حكم النبي ﷺ (3) .

والأدلة على حجية الحكم الصادر من كتاب الله وسنة النبي ﷺ كثيرة عديدة ، وتؤكد أن حجيتها مطلقة ، ومنها :

---

(1) انظر : (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٠٣) (ابن تيمية/ الفتاوى الكبرى/ ج٥ص٥٥٩) .

(2) (سورة النساء ، آية رقم ٦٥) .

(3) انظر : (تفسير الطبري/ ج٥ص١٥٨) (ابن كثير/ تفسير ابن كثير/ ج١ص٥٢١) (الشافعي/ أحكام القرآن/ ج١ص ٣٠) .

قولــه تعــالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ﴾[1].

وطلب النقض نوع من الخيرة التي نفتها الآية عن المؤمنين ، وفيه دليل على أن قضاء الله عز وجل وحكمه ، وكذلك قضاء النبي ﷺ وحكمه رافع للخصام بصورة قاطعة ، ولا يحل الاعتراض على حكم الله وعلى حكم رسوله ﷺ ، وهذا شأن القرآن قطعي الدلالة ، وشأن السنة الصحيحة قطعية الدلالة .

وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَمَآ أَرْسَلْنَا مِن رَّسُولٍ إِلَّا لِيُطَاعَ بِإِذْنِ ٱللَّهِ ﴾[2] .

وقوله تعالى : ﴿ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟ ﴾[3].

وقوله تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ وَأَطِيعُوا۟ ٱلرَّسُولَ ﴾[4].

وهذه الآيات دالة على حجية أحكام النبي ﷺ مطلقاً ، فهي آمرة بالطاعة وجوباً فيما أمر النبي ﷺ وما نهى ، ومعارضة الأحكام الصادرة منه ﷺ فيه مناقضة لقصد الشارع من إرسال الرسل ، وفيه مخالفة للطاعة التي أمرنا بها .

والذي ينبغي الإشارة إليه أن منع نقض مثل هذه الأحكام المتصفة بهذه الصفات لا يمكن الوصول إليه ومعرفته إلا بقبول المطالبة بالنظر فيها ؛ لأن الذي يقرر أن هذا الحكم يمنع نقضه أو لا يمنع ، إنما هو المتخصص في الأحكام الشرعية ، والوسيلة لمعرفة ذلك تقتضي قبول طلب الطعن في الحكم الذي هذه صفته ، ثم بعد نظر المختص بالنظر ، يحكم بأن مثل هذا الحكم لا يحل نقضه ، ولا التعرض له ، إلا أن الحكم قبل النظر وبعده يكتسب صفة الإبرام ، لحصوله ووقوعه في محله غير قابل للنقض .

---

(١) (سورة الأحزاب ، آية رقم ٣٦) .

(٢) (سورة النساء ، آية رقم ٦٤) .

(٣) (سورة الحشر ، آية رقم ٧) .

(٤) (سورة النساء ، آية رقم ٥٩) .

- **الصورة الثانية** : أن يكون الحكم اجتهادياً لا يعارض نصاً أو إجماعاً أو قياساً ظاهراً أو قاعدة كلية .

فإذا صدر الحكم وكان مستوفياً لشرائطه الشرعية ، وكان مما يقبل فيه الاجتهاد، وصدر الحكم على هذه الصفة ، فإن الحكم يكون مبرماً ، ولا يحل نقضه .

إلا أن الذي يمكن أن يتعرض للحكم الصادر على هذا الوصف هو أحد شخصين ، إما أن يكون غير القاضي الذي حكم به ، وإما أن يكون القاضي نفسه الذي اجتهد فيه .

أما الأول فقد اتفق العلماء على امتناع نقضه ، وأما الثاني فالجمهور على منع نقضه خلافاً للمالكية . وتفصيل هاتين الحالتين كما يلي :

الحالة الأولى : أن يكون المتعرض للحكم غير القاضي :

اتفق الفقهاء على أن غير القاضي ليس له أن ينقض حكماً صدر على هذه الصفة[1]؛ لأن القاعدة أن الاجتهاد لا ينقض بمثله[2]. ونصوا على أن كل مجتهد في الفروع مصيب ، والمصيب وإن كان واحداً بين المختلفين إلا أنه غير متعين[3] .

ويستدل على ذلك بأمثلة كثيرة من أفعال السلف رحمهم الله تعالى ، وأما الأدلة التي استدل بها العلماء فهي كما يلي :

١- الإجماع : فإن أبا بكر رضي الله عنه حكم في مسائل باجتهاده وخالفه عمر رضي الله عنه ، ولم ينقض أحكامه ، وعثمان رضي الله عنه خالف عمر رضي الله عنه في اجتهاده فلم ينقض أحكامه ، وخالفهما علي رضي الله عنه فلم ينقض

---

(١) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٨١) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٣٨) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٤ص٥٣٩) (الزركشي/ المنثور في القواعد/ ج١ص٩٣) (ابن تيمية/ الفتاوى الكبرى/ ج٥ ص٥٥٩) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٨٦) (ابن أبي اليمن/ لسان الحكام/ ص٢٢١) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٠٣) .

(٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٨٦) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٨٤) .

(٣) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٤ص٥٣٩) (الزركشي/ المنثور في القواعد/ ج١ص٩٣) .

أحكامهما[1] . وهذا لا مخالف له من الصحابة ، فكان إجماعاً .

٢- روي أن عمر رضي الله عنه لقي رجلاً فقال : ما صنعت ؟ قال : قضى عليٌّ وزيدٌ بكذا . قال : لو كنت أنا لقضيت بكذا . قال : فما منعك والأمر إليك . قال : لو كنت أردك إلى كتاب الله وإلى سنة نبيه ﷺ لفعلت ، ولكني أردك إلى رأي والرأي مشترك[2] . ولم ينقض قول علي وزيد .

٣- ما روي أن علياً رضي الله عنه جاءه وفد من نجران ، وأرادوا رد كتاب أمضاه عمر رضي الله عنه ، فقالوا لعلي رضي الله عنه : يا أمير المؤمنين شفاعتك بلسانك ، وخطك بيمينك ، وإملاء رسول الله ﷺ ، فقال رضي الله عنه : يا أهل نجران ، إن هذا لآخر كتاب كتبته بين يدي رسول الله ﷺ ، فقالوا : فأعطنا ما فيه . قال : سأخبركم عن ذاك ، إن الذي أخذ منكم عمر رضي الله عنه خيراً مما أعطاكم ، والله لا أرد شيئاً مما صنعه عمر رضي الله عنه، إن عمر رضي الله عنه كان رشيد الأمر[3] .

وهذا فيه دلالة على امتناع رد الاجتهاد باجتهاد مثله .

٤- وروي أن رجلاً[4] قال له بنو عمه، وبنو عم امرأته : إن امرأتك لا تحبك، فإن أحببت أن تعلم ذلك فخيرها ، فقال : يا برزة بنت الحر اختاري ، فقالت : ويحك اخترت ولست بخيار . قال ذلك ثلاث مرات ، فقالوا : حرمت عليك ، فقال

---

(١) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٠٤) .

وكانت هذه الأحكام المختلفة في مسالة واحدة وهي مسألة العطاء ، فقد سوى أبو بكر في العطاء بين الناس وأعطى العبيد ، وخالفه عمر ففاضل بين الناس ، وخالفهما علي فسوى بين الناس وحرم العبيد ، ولم ينقض واحد منهم ما فعله من قبله ، رضي الله عنهم أجمعين . انظر : (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٠٤) .

(٢) (ابن القيم/ إعلام الموقعين/ ج١ص٦٥) .

(٣) (سنن البيهقي الكبرى/ ج١٠ص١٢٠/ ح٢٠١٦٢، ٢٠١٦٣) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٦ص٣٥٧/ ح٣٢٠٠٤) .

(٤) الرجل هو العباس بن خرشة الكلابي ، كما ورد في بعض الروايات .

كذبتم ، فأتى علياً رضي الله عنه ، فذكر ذلك له فقال : لئن قربتها حتى تنكح زوجاً غيرك لأغيبنك بالحجارة ، أو قال : لأرضخنك بالحجارة . قال : فلما استخلف معاوية رضي الله عنه أتاه فقال : إن أبا تراب[١] فرّق بيني وبين امرأتي بكذا وكذا . قال : قد أجزنا قضاءه عليك ، أو قال : ما كنا لنرد قضاءً قضاه عليك[٢] . وذلك أن الاجتهاد من علي رضي الله عنه كان في محله ، فلم ينقضه معاوية رضي الله عنه .

٥- روي أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أتي برجل من قريش وجد مع امرأة في ملحفتها[٣] ولم تقم البينة على غير ذلك، فضربه أربعين، وأقامه للناس، فغضب قومه مع هذا، وانطلقوا إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فقالوا : فَضَحَ منّا رجلاً . فقال عمر لعبدالله : بلغني أنك ضربت رجلاً من قريش . قال عبد الله : أجل ، أتيت به قد وجد مع امرأة في ملحفتها ولم تقم البينة على غير ذلك ، فضربته أربعين وعرفته للناس. قال عمر: أرأيت ذلك ؟ قال عبد الله: نعم . قال عمر: نعم ما رأيت . فقال الشاكون : جئنا نستعديه عليه فاستفتاه[٤] .

فالأثر واضح الدلالة على منع نقض الأحكام الاجتهادية من الغير .

٦- أن العقل يمنع نقض الأحكام الاجتهادية للأسباب التالية :

أ - أنه لو نقض الحكم الاجتهادي بالحكم الاجتهادي لنقض بغيره ؛ لأنه ما من اجتهاد إلا ويجوز أن يتغير ويتسلسل ، فيؤدي إلى أن لا تستقر الأحكام ، ويؤدي إلى أن لا يوثق بقضاء أحد بعد ذلك ، وهو ضرر شديد[٥] .

---

(١) أبو تراب : لقب أطلقه النبي ﷺ على علي رضي الله عنه ، حين وجده نائماً على الأرض وقد ألصق خده بالتراب ، فقال له : قم أبا تراب .

(٢) (سنن البيهقي الكبرى/ ج١٠ص١٢٠/ ح٢٠١٦٤) .

(٣) الملحفة: اللباس الذي فوق سائر اللباس من دثار البرد ونحوه، وكل شيء تغطيت به فقد التحفت به. (ابن منظور / لسان العرب/ ج٩ص٣١٤) .

(٤) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص٤٩٦/ ح٢٨٣٣١) .

(٥) (الزركشي/ المنثور في القواعد/ ج١ص٩٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٨٠، ٨١) .

ب - أن الاجتهاد الأول تأيد بالقضاء والحكم ، فهو يرجح على اجتهاد القاضي الثاني ؛ لأن الأصل أنه لا رجحان لاجتهاد على اجتهاد إلا أن اقتران الأول بالحكم صيره راجحاً ، ولا ينقض الراجح بالمرجوح[1] . فصار القضاء الثاني في حكم الشك الطارئ على اليقين ، ولا يزول اليقين بالشك . ومن هنا قالوا : « إن القضاء والحكم يجب أن يُحمل على الصحة بقدر الإمكان ، فلا ينتقض بالشك »[2] .

ج - أن القاضي الأول منصوب للقضاء من قبل السلطان ، وللسلطان ولاية على كافة الناس ، فليس لأحد نقض حكمه ؛ لأن القاضي الثاني هو أحد كافة الناس ، فليس له صلاحية في نقض حكم القاضي الأول[3] .

الحالة الثانية : أن يكون المتعرض للحكم هو ذات القاضي :

وهو أن يقضي القاضي باجتهاد في مسألة ثم يرى رأياً غيره أصوب من الرأي الأول ، فهل ينقض حكمه الأول أم يمضيه ؟ للعلماء فيه قولان :

---

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٨٦) .

(٢) انظر (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٨٦) .

(٣) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٨٦) .

وهذا الاحتجاج في شقه الأول صحيح ، والذي يعني أن للأحكام القضائية حجية لاقترانها بأمر السلطان ، فهذا صحيح . أما الشق الثاني فغير دقيق ؛ فإن القاضي الثاني ليس أحد كافة الناس ، وذلك أن القاضي الثاني حكمه له حجيته بموجب ولايته من السلطان، وحتى لو تعلق حكمه بما لا يحق له الحكم فيه كنقض حكم اجتهادي من قاضٍ آخر ، إلا أن ذلك لا يعني أن قوله في النقض بمثل هذا الحكم كقول غيره من الناس ؛ لأن النقض الصادر منه لا بد من نقضه ، بينما كلام غيره من الناس لا يحتاج إلى نقض ، والسبب هو الولاية والنيابة من السلطان؛ فالقاضي هو قاضٍ في الحالين سواء أكان ناقضاً لحكم غيره أم منقوضاً حكمه من غيره .

وافتراق القاضي الناقض لما هو مجتهد فيه عن جملة الناس ، أن جملة الناس ليس لهم نقض أي حكم من القاضي حتى لو كان واجب النقض ، فهم لا حجية في قولهم ولا حكمهم ، بينما القاضي الثاني لأقواله وأحكامه حجية وإن كانت مؤقتة؛ لأن ولايته قد تزول ، ولأن أحكامه قد تنقض ، لكن حتى يحصل واحدٌ منها يبقى لحكمه حجية ملزمة .

القول الأول : وهو قول جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة ، وهو قول بعض المالكية ، حيث قالوا : لا يحق للقاضي نفسه نقض حكمه الذي حكم به إذا كان مجتهداً فيه[1] . وهذا إذا كان مستوفياً لشرائطه الأخرى ، أما إذا تجدد له مثلها فلا يعمل إلا بالقول الثاني الذي رجح عنده متأخراً[2] .

واستدل هذا الفريق بالأدلة الماضية المانعة لنقض القضاء فيما هو مجتهد فيه ؛ وذلك أنه لا فرق بين أن يكون النقض من ذات القاضي أو من غيره .

واستدلوا زيادة على ذلك بما هو واقع في محل النزاع بما يلي :

١- روي أن النبي ﷺ كان يقضي بالقضاء فينزل عليه القرآن بخلافه فيمضي ما قضى به ويستأنف القضية[3] .

فإن النبي ﷺ وهو القاضي في هذه الصورة ، لم يكن لينقض حكمه فيما سبق وإن اجتهد فيه . وهذا أثر في محل النزاع .

٢- ما روي أن عمر رضي الله عنه راجعه البعض في قضاء قضاه ، وحكم فيه بحكمين مختلفين ، فقال رضي الله عنه : « تلك على ما قضينا ، وهذه على ما نقضي »[4] .

فهو وإن اختلف اجتهاده في مسألة واحدة ، إلا أن اقتران الحكم القضائي بالأولى منع نقضها بما هو مثلها ، فكان الحكم في السابقة على ما قضى فيها ، والحكم في اللاحقة على ما قضى فيها .

---

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٨١) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٨٤) (الزركشي/ المنثور/ ج١ ص٩٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٨٠) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٣٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٠٤) (الصدر الشهيد/ شرح أدب القاضي/ ج١ص١٧٨) .

(٢) انظر : (الزركشي/ المنثور في القواعد/ ج١ص٩٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٨٤) .

(٣) (مسند الربيع/ ص٢٨/ ح١٦) (أبو داود/ المراسيل/ ص٢٨٥/ ح٣٩٣) .

(٤) (مصنف عبد الرزاق/ ج١٠ص٢٤٩/ ح١٩٠٠٥) (سنن البيهقي الكبرى/ ج١٠ص١٢٠/ ح٢٠١٦١) (ابن حجر/ القول المسدد/ ج١ص١٢٠) (السمعاني/ قواطع الأدلة في الأصول/ ج٢ص٣٣١) (ابن حجر/ تلخيص الحبير/ ج٣ ص٨٦) .

٣- قول الشعبي[1] رحمه الله : حفظت عن عمر رضي الله عنه في الجد سبعين قضية لا يشبه بعضها بعضاً[2] .

وهذا يدل على أنه لو نقض حكماً واحداً لاشتبهت أحكامه وأقضيته ، لكنه لم يفعل .

٤- وروي أن شريحاً كان يقضي بالقضاء ثم يبدو له فيرجع عنه ، ولا يرجع فيما كان يقضي به ، يعني في المجتهدات ، وكان إذا تحول رأيه بنى فيما يستقبل على ما أدى إليه اجتهاده ولم ينقض ما كان قضى به[3] .

٥- وروي عن ابن سيرين أن عمر رضي الله عنه قال : إني قضيت في الجد قضيات مختلفة لم آل فيها عن الحق[4] .

وهذا يدل على أن القاضي إذا تغير رأيه فيما قضى به يبني فيما يستقبل من الزمان ولا ينقض قضاءه السابق .

القول الثاني : وهو القول الراجح عند المالكية ، وبه قال أكثرهم[5] . من أن القاضي له أن ينقض اجتهاده إذا تغير اجتهاده لا لمعارضته نصاً أو مما هو قطعي ، بل إن ظهر أن غيره أصوب .

---

(١) الشعبي : أبو عمرو عامر بن شراحيل بن عبد الشعبي ، من همدان رضي الله عنه ، ولد لست سنين خلت من خلافة عثمان رضي الله عنه، عالم بالسنة والفقه ، وأحد أعلم أربعة في زمانه ، وكان بالكوفة. (الشيرازي/ طبقات الفقهاء / ص٨٢) .

(٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٨٤) .

(٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٨٥) .

(٤) (مصنف عبد الرزاق/ ج١٠ص٢٦٢/ ح١٩٠٤٥ ، واللفظ له) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٦ص٢٤٥/ ح١٢١٩٣) (ابن حجر/ تغليق التعليق/ ج٥ص٢١٩) .

(٥) انظر : (الباجي/ المنتقى/ ج٧ص١٤٠) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٣٧) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ ص١٦٦) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص١٥٥) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٣٤٧، ٣٥٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٨٠) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٠٤) (مالك/ المدونة/ ج٤ص٥١٩) .

واشترط مطرف وابن الماجشون أن يكون القاضي باقياً على ولايته حالة النقض ، فلو قضى بقضاء اجتهادي ثم عزل ثم عاد وتولى ، فلا يحق له نقض اجتهاده قبل العزل ، وكذا الحال إذا مات ، فإن قضاءه يصبح مبرماً ، فهو لا يقدر على نقضه ولا غيره كذلك[1] .

وإليك بعضاً من نصوصهم في هذا القول .

يقول صاحب التاج والإكليل : « ونقضه هو فقط إن ظهر أن غيره أصوب »[2] .

ويقول الخرشي في شرح المختصر : « ثلاث مسائل لا ينقضها إلا حاكمها فقط...

الأولى: إذا حكم بحكم ثم ظهر أن غيره أصوب منه ، وسواء كان باقياً على ولايته أو عزل ثم ولي مرة أخرى ، خلافاً لمطرف وابن الماجشون من أنه ليس له نقضه فيما إذا عزل وولي ثانياً .

الثانية : إذا حكم بحكم ثم ظهر له أنه خرج فيه عن رأيه بأن كان مجتهداً ، ويحمل على السهو ، فإنه ينقضه ويحكم بما رآه .

الثالثة : إذا حكم المقلد لمذهب في قضية وهو يرى أنه مذهب إمامه فحكم بغيره غلطاً ، فإنه ينقضه هو فقط »[3] .

واستدل هذا الفريق بما يلي :

١ - أن عثمان رضي الله عنه أتي بامرأة قد حملت لستة أشهر فأمر برجمها ، فأخبره سيدنا علي رضي الله عنه أن الحمل قد يكون لستة أشهر لقوله تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾[4]، ولقوله تعالى : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ

---

(١) انظر : (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٣٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٨٠) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٠٤) .

(٢) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٣٧/ ج٨ص١٤١) .

(٣) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ص١٦٦) .

(٤) (سورة الأحقاف ، آية رقم ١٥) .

﴿حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[1] . فأمر عثمان رضي الله عنه بالمرأة فوجدها قد رجمت[2] . وفي رواية البيهقي : أنه خلى عنها ثم ولدت[3] .

يقول الباجي في هذا الأثر : « وهذا يقتضي أن للحاكم أن يرجع عن حكم حكَمَ به إلى ما هو عنده أصوب »[4] .

٢- أن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه فعله[5] ، ولم يفصلوا فعل عمر بن عبد العزيز -رحمه الله- في ذلك .

الراجح من بينهما :

أما الراجح فهو قول الجمهور ، وذلك أن أدلتهم لم يكن لتناقضها أو تدافعها أدلة الفريق الثاني .

وقد وجدت كتب المالكية تحيل إلى المدونة وليس فيها ما يدل على ما قالوا من نقض الاجتهاد بالاجتهاد من ذات القاضي بعد الحكم بالقضية .

يقول في المدونة : « قلت : أرأيت القاضي إذا قضى بقضية ثم تبين له أنه قد أخطأ فيها ، أترى له أن يردها أم لا ؟ قال : نعم يردها وينقض قضيته تلك ويبتدئ النظر فيها ، قال : قال مالك : وقد فعل ذلك عمر بن عبد العزيز »[6] .

فالملاحظ أن الخطأ المنسوب للقاضي في الحكم الأول عام ، ويشمل الخطأ في الأمر الاجتهادي وهو محل النزاع ، والخطأ فيما لا اجتهاد فيه ، وليس هذا بمحل للنزاع . والأثر الوارد عن سيدنا عمر بن عبد العزيز حيث نقض حكمه فلم ترد من

---

(١) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٣٣) .

(٢) (سنن البيهقي/ج٧ص٤٤٢/ح١٥٣٢٦) (الخراساني/ السنن/ج٢ص٩٣/ح٢٠٧٤) (مصنف عبد الرزاق/ج٧ ص٣٥٠/ح١٣٤٤٤) (وذكره مالك معلقاً في الحدود بعد باب ما جاء في الرجم) (الباجي/ المنتقى/ج٧ص١٤٠).

(٣) (سنن البيهقي/ج٧ص٤٤٢/ ح١٥٣٢٦) .

(٤) (الباجي/ المنتقى/ج٧ص١٤٠) .

(٥) (الحطاب/ مواهب الجليل/ج٦ص١٣٨) (مالك/ المدونة/ج٤ص٥١٩) .

(٦) (مالك/ المدونة/ج٤ص٥١٩) .

بين الروايات في كتب الآثار رواية في نقض عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه سوى ما ذكر من نقضه حكمه لمخالفته حديث رسول الله ﷺ : « الخراج بالضمان »[1] ، مما يقوي الاحتمال أن هذا الأثر هو مقصود الإمام مالك رحمه الله ، ومعلوم أن هذا الأثر عنه رضي الله عنه ليس في موطن النزاع الذي رفع إليه ، وهذا النقض متفق عليه بين العلماء كما سيتبين فيما بعد .

ومما يؤكد أن رأي الإمام مالك هو مع الجمهور ما ورد في المدونة : « قلت : هل كان مالك يرى للقاضي إذا قضى بقضية ثم تبين له أن غير ما قضى به أصوب مما قضى به ، أله أن يرد قضتيه ويقضى بما رأى بعد ذلك ، وإن كانت قضيته الأولى مما قد اختلف فيها العلماء ؟ قال : إنما قال مالك : إذا تبين له أن الحق في غير ما قضى به رجع فيه ، وإنما الذي لا يرجع فيما قضت به القضاة مما اختلف الناس فيه »[2]. فقوله : « أن الحق في غير ما قضى به » ، يعني أن قضاءه كان باطلاً ؛ لأنه غير الحق الذي عناه ، وليس هذا بموضع للنزاع ، وإنما النزاع أن يكون حكمه الأول حقاً ، إلا أن الحكم الثاني أصوب .

أما الدليل بفعل سيدنا عثمان عندما نقض حكمه ، وقد كان ذلك منه رضي الله عنه نقضاً لحكمه ؛ لأن الحكم الأول كان صحيحاً في محله بحسب اجتهاده ، فهذا الفعل بالنقض لا يكون نقضاً لاجتهاد باجتهاد منه رضي الله عنه ، ولا باجتهاد من سيدنا علي رضي الله عنه ، وإنما هو بالقرآن الكريم بنص قطعي الدلالة على المراد منه ، ذلك أنه يشير إلى أوقات محددة ، والوقت المحدد لا مجال للاجتهاد في تقديره ؛ إذ هو منصوص عليه .

فإن قال الله تعالى : ﴿ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ ، كان المراد من الآية مفهوماً باتفاق لا

---

(١) (الترمذي/ البيوع/ باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً/ ح١٢٨٥ ، وقال / حديث حسن صحيح) (النسائي/ البيوع/ باب فيمن اشترى عبداً فاستغله ثم وجد به عيباً/ ح٣٥٠٨) (ابن ماجه/ التجارات/ باب الخراج بالضمان/ ح٢٢٤٢) .

(٢) (مالك/ المدونة/ ج٤ ص١٣) .

خلاف في تقديره ولا تأويل في معناه ، كما هو قوله تعالى : ﴿ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً ﴾ ، فما من أحد يقدر على الاجتهاد في تقدير عدد الجلدات ؛ لأن رقم ثمانين دال على المراد منه بدون تكلف ولا حاجة لاجتهاد ، وكذلك الرقم ثلاثين دال على المراد بلا اجتهاد أيضاً ، وما بقي فهو عملية طرح من الرقمين ، فتكون المحصّلة ستة أشهر وهي مدة الحمل . فكان الكشف عن ذلك من ذكاء علي رضي الله عنه . من هنا كان نقضاً لاجتهاده بنص قطعي الدلالة . وهذا أيضاً لا اختلاف بين العلماء في صحته ، فكان الرأي الموافق للمنقول والمعقول هو رأي الجمهور .

أما النوع الثاني : وهو أن يكون الحكم غير قابل للنقض إجرائياً ، نظراً لضرورة استقرار التعاملات بين المسلمين :

وهذا النوع يمكن تصوره في الشريعة الإسلامية ، ولكن في حدود ضيقة ، ويقتصر على بعض العقوبات التعزيرية . أما إن كانت المخالفة متعلقة بنص ظاهر أو إجماع -كما هو شأن الحدود- الفقهاء يفهم من كلامهم أنه لا يوجد إجراء يمنع من نقض مثل هذا الحكم ؛ لأن الباطل الذي هذه صفته لا يصبح حقاً بمرور الزمن ، ولذلك تجد نصوص الفقهاء مطلقة عند الحديث عن نقض هذه الأحكام المخالفة . بل إن في حديث عمر رضي الله عنه ما يؤكد أن الحق قديم ، وأن طول الترك لا يؤثر في بقاء الحق حقاً .

فلو حكم قاضٍ بما هو باطل ، فإن الحق كله في نقض هذا الباطل ، فلو تقادم الزمان واستمر الباطل موجوداً ، ما أثّر ذلك في كونه باطلاً وفي وجوب إزالته .

أما إن كان البطلان في الحكم متعلقاً بما هو أدنى من هذه المرتبة ، أمكن تصور منع نقض الحكم إجرائياً .

ومن ذلك أن يخالف القاضي أثناء النظر في القضية إجراءً من الإجراءات غير المبطلة كلياً للأحكام ، ثم تمضي مدة زمنية يعلم من خلالها أن صاحب الحق في طلب الطعن أمكنه بالحكم والعلم بأن له نقضه ولم ينقض ولم يتعرض لهذا الحكم ،

فعندها وبمرور المدة الزمنية المحددة يصبح الحكم مبرماً ، وهذا على افتراض سلامة بقية الشروط اللازمة للحكم الصحيح، فعندها يمنع هذا الشخص من الطعن في الحكم ؛ لاكتسابه صفة القطعية بمرور الزمن .

المطلب الثاني
نقض الأحكام القضائية

الصورة العامة الملحوظة في القضاء ، أن عملية التقاضي تجري على مستوى واحد من التقاضي . وهذا له أسبابه في الشريعة سنذكرها بعد قليل ، إلا أن المتفحص للكتب الفقهية يلمح بكل وضوح أن هذه الصورة لها ما يخصصها في بعض الحالات ، مما يجعل عملية التقاضي تجري على أكثر من مستوى واحد .

إلا أن هذه المستويات المتعددة من التقاضي لها أصول وضوابط ، ولا بد في البداية من معرفة المختص بنقض الأحكام القضائية ، ثم موجبات نقض الأحكام القضائية ، ثم كيفية نقض الأحكام القضائية .

وقد أفردت لكل منها فرعاً ، فجاء هذا المطلب في ثلاثة فروع :

الفرع الأول : المختص بنقض الأحكام القضائية .

الفرع الثاني : موجبات نقض الأحكام القضائية .

الفرع الثالث : كيفية نقض الأحكام القضائية .

الفرع الأول : المختص بنقض الأحكام القضائية :

الأصل في الأحكام أنها إذا صدرت كانت نافذة لازمة مبرمة ، وذلك على افتراض صحتها وعدم مخالفتها للأصول الموضوعية في الأحكام ، أو الأصول الإجرائية فيها ، ولذلك قال العلماء : « يحمل القضاء على الصحة ما لم يثبت الجور » [1].

---

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٨٣) .

إلا أن هذا الحكم قد لا يستصحب في كل قضية وفي كل حادثة ، مما يستدعي ما يصحح سير عملية التقاضي ويسددها .

ويتنازع هذا التصحيح والتسديد عاملان :

العامل الأول : وهو الذي يقضي بسرعة البت في الخصومات لإزالة أسباب الخلاف بين أفراد المجتمع ، أو لإعطاء كل صاحب حق حقه ، وأخذ الحق من كل معتدٍ على حق غيره ، وكذلك لضرورة استقرار التعاملات ، وعدم نقض الأحكام لأي سبب كان ؛ لأن من مقاصد الشريعة استقرار التعامل بين الناس .

وليس من المصلحة الشرعية في شيء ، ولا من مصلحة الجماعة أن تبقى تعاملات الناس فيما بينهم متعرضة للتغيير والتبديل ، إلا في حالات خاصة يكون منع التغيير والتبديل فيه من الضرر ما هو أكبر من التغيير ، فيدرأ الأشد بالأخف .

العامل الثاني : وهو الذي يقضي بعدم إجازة الخطأ وعدم قبوله ، ووجوب تصويب ما يقع من هذه الأخطاء ؛ لأن الأصل في القضاء إحقاق الحق ، وفي إجازة الظلم ظلم ، فلا بد من رفعه .

والتشريع الذي يقرر مبدأ وجود درجات للتقاضي لا بد أن يراعي هذين العاملين دون أن يقدم أحدهما على حساب الآخر .

وكان هذا حال التشريع الإسلامي ، فقد جاء متميزاً عن القوانين الوضعية في عدة مجالات ؛ فكان معتمداً في الأصل على حجية الأحكام القضائية ولم ينقضها إلا لسبب وجيه . إلا أن الشريعة - وكما هو شأنها - كلٌّ متكاملٌ ، فهي وإن كانت أقرت تعدد درجات التقاضي لأنها تحقق العدل والعدالة ، إلا أنها لم تعتمد في تحقيق العدالة على هذا الأمر كلياً ، فالإسلام يرى أن العدالة لا بد من تحقيقها ، وأن الحق لا بد من إيصاله لأصحابه ، إلا أن وسائل الإسلام تعددت في ذلك ، ومن هذه الوسائل :

١- **شخصية القاضي** . فقد حرصت الشريعة على تحقق شروط خاصة في

القاضي تعينه على الوصول إلى الصواب والحق والعدل ، وتمنعه قدر الإمكان من الوقوع في الخطأ والجور .

وابتدأت هذه الشروط بسلامة النية وحسن العقيدة ، ومخافة الله عز وجل ، وحسن مراقبته تعالى ، وانتهت بتحصيل العلم والاطلاع الواسع ، مع القدرة على الاجتهاد والتفكير فيما ينظر من أحوال وقضايا . وليس المقصود من الاجتهاد هو الاجتهاد المطلق ، وإنما المراد أن يعرف كيفية تنزيل الواقعة على الحكم والحكم على الواقعة ، فيعرف توصيف الأفعال بإعطائها الأوصاف القانونية الفقهية اللازمة .

وهذه الشروط تعتبر الضمانة الأولى نحو الوصول إلى الأحكام العادلة ، وهي بدورها تقلل نسبة الجور في الأحكام ، وتقل الحاجة إلى وجود درجات أخرى من القضاء .

٢- **الشورى في القضاء** ، وإجلاس الفقهاء مع القاضي للاطلاع على كيفية حكمه ، وتصويب ما يحتاج إلى تصويب . وقد ذكرت هذه الوسيلة فيما سبق ، وهي الوسيلة الثانية التي تقل بواسطتها الأحكام الجائرة .

٣- **تعدد القضاة في القضية الواحدة** ، وخصوصاً في قضايا الحدود والقصاص، وهذا له دوره في تحصيل العدالة والعدل .

٤- **جملة من الإجراءات المسددة للحكم نحو العدل** ؛ كالتسوية بين الخصوم ، وعلانية المحاكمة ، ومنع القضاء إذا كان فيه تهمة للقاضي ، كعدو أو أصل أو فرع ، ومنها منعه من الحكم حتى يفهم من الخصمين ، وأن في إقدامه على الحكم دون تحقق الفهم إنما يقدم على محرم ، وأن عليه في مثل هذه الحالة أن يحيل القضية إلى قاضٍ آخر يحتمل أن لا يشكل عليه الحكم في القضية المنظورة أمامه[١] .

فهذه الوسائل جعلت الحكم أقرب ما يكون إلى الصواب ، وما دام أن تعدد درجات القضاء مقصدها العدل ، فالشريعة سعت في تحقيق هذا المطلب قبل أن يقر

---

(١) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج١ص٤٣) .

بوجود درجات للتقاضي ؛ لأنه إذا ترك هذه الوسائل السابقة ، لم يكن في إقراره لدرجات التقاضي كبير أثر في تحقيق الغاية المرجوة والمقصد المنشود ، وهو العدل .

وهذا الذي قررته الشريعة سبقت فيه كل التشريعات الأخرى التي وقعت في الظلم ، فكان الخروج من هذا الظلم بإيجاد محاكم للاستئناف أو التمييز ، إلا أن وجود هذه المحاكم كذلك لا يضمن العدل ؛ لأنه صار أقرب للشكل منه للمضمون ؛ فالقاضي بشخصيته غير المنتقاة جيداً قد تجعله قاضياً في محاكم الاستئناف أو التمييز ، فيتكرر الظلم ، لكنه بصورة مبرمة غير قابلة للنقض هذه المرة .

لذا علمنا أن وجود درجة أخرى للتقاضي هدفها العدل ، والعدل لا يتقرر بصورة واحدة ، بل لا بد من جملة وسائل تساعد في الوصول إليه . وهذا الذي تتميز به الشريعة ؛ لأنها نظام متكامل ، مصدرها واحد ، يمتنع عليها التناقض والفساد .

واختتمت الشريعة هذه الوسائل بوسيلة احتياطية أخيرة جعلتها بعد النطق بالحكم ؛ لأن الملاحظ في كل الوسائل السابقة أنها متقدمة على النطق بالحكم . فلو أن القاضي نطق بما يفيد حكماً ، كقوله : حكمت بكذا ، فظهر أن الحكم فيه ظلم ، إما بمخالفة نص قطعي الدلالة أو إجماع للعلماء أو غير ذلك ، فهل تفيد الوسائل السابقة في منع الظلم ؟ الجواب بالنفي . فكان من الضروري وجود درجة أخرى من القضاء تبطل الحكم السابق .

فالوسائل السابقة لا تلغي الأخطاء والجور في الأحكام القضائية ، مع أنها في أقل معدلات الجور ، فسمح الإسلام بوجود درجة أخرى من التقاضي ، ولكن في إطار مضبوط محدود ، حتى لا تصبح كل الأحكام قابلة للانتقال إلى هذه الدرجة ، ذلك أن السماح بالانتقال للدرجة الثانية من القضاء في كل قضية يجعل الدرجة الأولى ضرباً من العبث ، فكل من حكم عليه في الدرجة الأولى سيسعى إلى تغيير النتيجة لصالحه في الدرجة الثانية سواء بالإبطال أو التخفيف .

ولذا حرصت الشريعة على وضع ضوابط خاصة بالدرجة الثانية من التقاضي، وهذا ما سنبحثه في المباحث القادمة ، إن شاء الله تعالى .

بعد أن اتضحت الغاية من تعدد درجات القضاء ، ننتقل إلى الحديث عمن يملك حق نقض الأحكام القضائية .

لقد ذكرت كتب الفقه من له نقض الأحكام القضائية ، دون أن تحدد لذلك شخصاً بعينه، بحيث لا يخرج نقض الأحكام عنه . كما بينت كتب الفقه أن القاضي يحتل مرتبة معروفة في القضاء ، إلا أن هناك من هو فوقه ، ومهمة الذي فوقه إما أن تكون مهمة إدارية ، وإما أن تكون مهمة قضائية للإشراف على الأحكام القضائية الصادرة عن القاضي .

فقد لا يقدر القاضي على الحكم في المسألة لمانع شرعي كقرابة أو عداوة ، فقالوا بأنه يرفعها إلى من فوقه ويكون شاهداً فيها[1] .

وليس هناك ما يمنع من تخصيص جهة للنظر في أحكام القضاة ومعرفة ما يصح منها وما لا يصح ، وهذا من باب السياسة الشرعية عندما يرى الإمام المصلحة في ذلك ، إلا أن من المهم الأخذ بعين الاعتبار الوسائل التي تسبق النطق بالحكم التي تصوب الحكم نحو العدل .

أما من يملك نقض الأحكام في الشريعة ، فهم كما يلي :

١- القاضي ذاته :

ذكر الفقهاء أن القاضي نفسه الذي حكم في القضية يستطيع نقض حكمه بنفسه ، ونص على ذلك كل الفقهاء[2] .

---

(١) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٩٧) .

(٢) انظر : (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٣٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٠٤) (مالك/ المدونة/ ج٤ص٥١٩) (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢٢٠) (ابن حزم/ المحلى/ ج٨ص٥٢٧) (الباجي/ المنتقى/ ج٧ ص١٤٠) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٦٢) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٣ص٢٦٦) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ ص٥) (السبكي / فتاوى السبكي/ ج٢ص٢١) (المرداوي/ الإنصاف/ ج١٢ ص١٠٥) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص١٣٠) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٥٩) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٢٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٨٠) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص٢٩) .

ومن الأدلة على أن القاضي ينقض حكم نفسه قول عمر رضي الله عنه في رسالته لأبي موسى : « لايمنعك قضاء قضيته بالأمس ثم راجعت نفسك فيه اليوم فهديت لرشدك أن تراجع فيه الحق ، فإن الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل »[1].

ومنها كذلك جملة من الآثار المروية عن الصحابة الكرام رجعوا فيها عن أقضيتهم وأحكامهم عند ظهور الحق والصواب ؛ فقد روي عن عثمان رضي الله عنه أنه أتي بامرأة قد ولدت في ستة أشهر ، فأمر بها أن ترجم ، فقال له علي بن أبي طالب رضي الله عنه : ليس ذلك عليها ، إن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه العزيز : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾[2]، ويقول تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾[3]. فالحمل يكون ستة أشهر فلا رجم عليها . فخلّى سبيلها وقيل : وجدها قد رجمت[4] .

وروي أن سعد بن إبراهيم قضى على رجل بقضية برأي ربيعة بن أبي عبد الرحمن[5]، فأخبره ابن أبي ذئب عن النبي ﷺ بخلاف ما قضى به ، فقال سعد : يا ربيعة هذا ابن أبي ذئب وهو عندي ثقة يخبرني عن النبي ﷺ بخلاف ما قضيته ، فقال له ربيعة : قد اجتهدت ومضى حكمك ، فقال سعد : واعجباً ، أنفذ قضاء سعد بن أم سعد ، وأرد قضاء رسول الله ﷺ ، بل أردّ قضاء سعد بن أم سعد ، وأنفذ قضاء رسول الله ﷺ . فدعا سعد بكتاب القضية فشقه ، وقضى للمقضي عليه[6].

---

(١) سبق تخريجه . انظر مقدمة الفصل الرابع ، ص٣٤٥ .

(٢) (سورة الأحقاف ، آية رقم ١٥) .

(٣) (سورة البقرة ، آية رقم ٢٣٣) .

(٤) سبق تخريجه . انظر ص٥٢٨ .

(٥) ربيعة بن عبد الرحمن ، أبو عثمان بن أبي عبد الرحمن فروخ مولى تيم بن مرة ، ويعرف بربيعة الرأي ، وأدرك من الصحابة أنس بن مالك ، كان يحضر مجلسه أربعون معتماً ، وعنه أخذ مالك ، مات ١٣٦هـ، وروي في فضله الكثير . انظر : (الشيرازي/ طبقات الفقهاء/ ص٥٠) .

(٦) (السبكي/ فتاوى السبكي/ ج٢ص٢١) (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٥ص٤١٩) .

وروى ابن أبي ذئب قال : أخبرني مخلد بن خفاف ، قال : ابتعت غلاماً فاستغللته ، ثم ظهرت منه على عيب ، فخاصمته فيه إلى عمر بن عبد العزيز ، فقضى لي بردّه ، وقضى عليّ برد غلته ، فأتيت عروة بن الزبير ، فأخبرته ، فقال : أروح إليه العشية فأخبره أن عائشة أخبرتني أن رسول الله ﷺ قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان[1] ، فعجلت إلى عمر فأخبرته بما أخبرني عروة عن عائشة عن النبي ﷺ ، فقال عمر بن العزيز : فما أيسر علي من قضاء قضيته الله يعلم أني لم أرد فيه إلا الحق ، فبلغتني فيه سنة عن رسول الله ﷺ ، فأردّ قضاء عمر، وأنفذ سنة رسول الله ﷺ ، فراح إلى عروة فقضى لي أن آخذ الخراج من الذي قضى به علي له[2] .

وقول عمر بن العزيز رضي الله عنه يعتبر قاعدة في التعامل مع الأحكام القضائية المخالفة للنصوص الشرعية .

وقد نص الفقهاء على أن القاضي يجب عليه أن يحاسب نفسه قبل أن يقوم من مجلسه ويتأمل ما حكم فيه من وقائع جرت في ذلك اليوم ، وإذا رأى فيها خللاً يبادر إلى استدراكه أول زمان إمكان الاستدراك قبل أن يفوته ذلك[3] .

وقد كان القضاة فيما مضى يحاسبون أنفسهم أشد المحاسبة ، وذلك خوفاً من الله تعالى ، ومنهم من كان يأمر الخصوم بإعادة القضية أمامه بعد أن يحكم ، خوف أن يكون قد جار أو ظلم أحدهما ، ومن ذلك ما روي أن أبا الدرداء رضي الله عنه كتب إلى سلمان الفارسي رضي الله عنه : أن هلمّ إلى الأرض المقدسة ، فكتب إليه سلمان : إن الأرض لا تقدس أحداً ، إنما يقدس الإنسان عمله ، وقد بلغني أنك جعلت طبيباً تداوي ، فإن كنت تبرئ فنعمّا لك ، وإن كنت متطبباً[4] فاحذر أن تقتل أحداً فتدخل

---

(١) سبق تخريجه ص٥٢٩ .

(٢) (السبكي/ فتاوى السبكي/ ج٢ص٢١) .

(٣) انظر : (ابن خلدون/ رسالة ابن خلدون للقضاة/ ص١٢٥) .

(٤) المتطبب : هو الذي يتعاطى علم الطب ولا يعرفه معرفة جيدة . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١ ص٥٥٤) .

النار ، فكان أبو الدرداء رضي الله عنه إذا قضى بين اثنين ثم أدبرا عنه ، نظر إليهما وقال : متطبب والله ، ارجعا إليّ فأعيدا عليّ قضيتكما [1].

بهذه الأخلاق وهذا الإحساس المرهف بالمسؤولية والخوف من الله تعالى ، كان القضاء في الإسلام يضرب الأمثلة تلو الأمثلة على رفعة شأنه واستقامة أمره ، فاستقر العدل وألقى بجرانه في أرض الإسلام ، فنعم الناس بنعمته وتفيؤوا وارف ظلاله .

فمع اتفاق العلماء على جواز نقض القاضي حكم نفسه إلا أن نقضه لا يتعلق بمخالفة الاجتهاديات ، وإنما بمخالفة القطعيات.

٢- الإمام :

نص الفقهاء على أن الإمام له نقض أحكام القاضي [2] ، وأنه يحق له التفتيش على أعمال قضاته ، ويحق لأطراف الخصومة رفع الشكوى إليه لرفع الظلم أو لإعادة النظر في القضية تحقيقاً للعدل . والإمام إما أن يكون الإمام الأعظم وهو الخليفة ، أو إمام المدينة أو المنطقة التي يقع فيها اختصاص القاضي .

وقد ورد في السنة ما يؤكد جواز استئناف الأحكام إلى من هو فوق القاضي ؛ فروى أحمد في مسنده عن علي رضي الله عنه أنه قال « بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن ، فانتهينا إلى قوم بنوا زبية [3] للأسد ، فبينا هم كذلك يتدافعون إذ سقط رجل، فتعلق بآخر ، ثم تعلق رجل بآخر ، حتى صاروا فيها أربعة ، فجرحهم الأسد ، فانتدب له رجل بحربة فقتله ، وماتوا من جراحتهم كلهم ، فقام أولياء الأول إلى

---

(١) (مالك/ الأقضية/ باب جامع القضاء وكراهيته/ ح١٥٠٠) (ابن أبي عاصم/ الزهد/ ص١٥٤) (الأصبهاني/ حلية الأولياء/ ج١ص٢٠٥) .

(٢) انظر : (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٣٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٦) (الرملي/ فتاوى الرملي/ ج٤ ص١٧٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٨٧) .

(٣) الزبية : الحفرة تحفر للأسد ، وسميت بذلك لارتفاعها عن المسيل . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٤ص٣٥٣) .

أولياء الآخر فأخرجوا السلاح ليقتتلوا ، فأتاهم علي رضي الله عنه على تفيئة[1] ذلك فقال : تريدون أن تقاتلوا ورسول الله ﷺ حيٌّ ؟ إني أقضي بينكم قضاء إن رضيتم فهو القضاء ، وإلا حجز بعضكم عن بعض حتى تأتوا النبي ﷺ ، فيكون هو الذي يقضي بينكم ، فمن عدا بعد ذلك فلا حق له ، اجمعوا من قبائل الذين حفروا البئر ربع الدية وثلث الدية ونصف الدية والدية كاملة ، فللأول الربع ؛ لأنه هلك من فوقه ، وللثاني ثلث الدية ، وللثالث نصف الدية ، وللرابع الدية كاملة . فأبوا أن يرضوا ، فأتوا النبي ﷺ وهو عند مقام إبراهيم ، فقصوا عليه القصة ، فقال : أنا أقضي بينكم ، واحتبى ، فقال رجل من القوم : إن علياً قضى فينا ، فقصوا عليه القصة ، فأجازه رسول الله ﷺ»[2] .

وقول علي رضي الله عنه : « إن رضيتم فهو القضاء » ، فيه ما يشبه الاستئناف بحكم القانون ، فهو في الابتداء سمح لهم بذلك حتى قبل أن يعلموا نتيجة حكمه ، وهذا متصور في مثل هذه القضية لما فيها من خطورة كونها متعلقة بالقتل ، ولكونها حادثة جديدة لم يسبق فيها نص من القرآن أو سنة عن النبي ﷺ .

والأمثلة من الآثار على جواز رفع القضية المحكوم بها أمام قاضٍ من القضاة إلى الإمام كثيرة ، وسترد في المبحث القادم إن شاء الله تعالى .

وسلطة الإمام في النقض ليست مطلقة ، بل لها ضوابط وحدود ، أوردتها في مبحث النقض . فسلطته قبل النقض لها حدود ، وقد نص الفقهاء على أن القاضي إذا ابتدأ النظر وتبين للقاضي وجه الحق وأمره الإمام بالتوقف وترك النظر ، فحق عليه أن ينفذ له حكمه ولا ينظر في قول الأمير أو الإمام ، إلا أن يعزله رأساً ، أما إذا كان ذلك قبل أن يتبين الحق لأحدهما فنهاه الأمير ، فينتهي ويدعهما . وهذا يعني

---

(١) على تفيئة ذلك : على أثر ذلك . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١ص١٢٧) .

(٢) (أحمد/ عن علي / ح٥٧٤، ١٠٦٦، ١٣١٢) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص١١١/ ح١٦١٧٥) (مصنف ابن أبي شيبة / ج٥ص٤٤٨/ ح٢٧٨٧٢/ ج٦ص١٣/ ح٢٩٠٩٦) (مسند الطيالسي/ ص١٨/ ح١١٤) .

أن الإمام أو الأمير ليس له أن يصرف القضية من الحاكم إلى حاكم آخر بعد تمام نظر الأول[1] .

٣- قاضي القضاة :

أو قاضي المسلمين ، أو قاضي الأقضية ، أو قاضي القضاة ، ويسمى في المغرب بقاضي الجماعة[2].

وكلها تشير إلى أكبر القضاة منزلة ، أو هو الذي يكون متولياً في جميع الأحكام، أو أنه القاضي الجامع لأحكام القضاء، أو هو الذي يتصرف في شأن القضاة تقليداً وعزلاً وإشرافاً[3].

وقاضي الجماعة قد يراد به ما يقابل قاضي البغاة ، فيكون هو قاضي الجماعة التي بُغي عليها[4] .

والملاحظ أن هذا القاضي هو أعلى القضاة منزلةً ، ومن مهامه وواجباته أن يتفقد القضاة ويتفقد أقضيتهم[5] .

ويعتبر كذلك مرجعاً قضائياً مختصاً ، فقال الفقهاء : إذا أشكل أمر على

---

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٥٩) .

(٢) وقد تسمى بهذا الاسم جماعة من العلماء ، منهم أبو يوسف صاحب أبي حنيفة ، ومنذر بن سعيد ، وأبو الوليد بن رشد ، ومحمد بن بشير ، وغيرهم كثير . انظر : (القرافي/ الفروق/ ج٤ص١٢٧) (ابن دقيق العيد/ إحكام الأحكام/ ج٢ص٣٢١) (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص١٢١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٢٠١) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج١ص٥) .
ونهى البعض عن هذه التسمية قياساً على التسمية بملك الأملاك. وردّ البعض على ذلك بقول النبي ﷺ : « أقضاكم علي » ، فلا حرج أن يسمى بأعلم القضاة ، أو أقضى القضاة ، أو قاضي القضاة . (العراقي/ طرح التثريب/ ج٨ص١٥٢) .

(٣) انظر : (العراقي/ طرح التثريب/ ج٨ص١٥١) (الصاوي/ حاشية الصاوي/ ج٤ص١٨٨) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٥ص٢٦٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٨٧) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٦) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٤) (البابرتي/ العناية/ ج٧ص٣٠٠) .

(٤) انظر : (الجصاص/ أحكام القرآن/ ج٣ص٦٠٠) .

(٥) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٨٧) .

القاضي ، فله أن يكتب إلى قاضي الجماعة يسأله عن الأمر ، ويطلب منه إرشاده فيه[1] .

فإن رفع الأمر إليه قبل الحكم فيه كان مستشاراً ، وإن رفع الأمر إليه بعد الحكم كان ناقضاً أو مجيزاً .

ونص الفقهاء على أنه ينقض أحكام القضاة بشروط النقض المعمول بها[2] ؛ يقول ابن عابدين في ذلك : « ثم ترافعوا لدى قاضي القضاة ، فألغى حكم الحنبلي المذكور »[3].

٤- مجموعة من القضاة :

وهم مجموعة مشهود لهم بالعلم والكفاءة من القضاة أو الفقهاء ، يكون إليهم أمر النظر في الأقضية ، وقد روي في زمن التابعين أن الأمر كان ينتهي إلى فقهاء المدينة السبعة ، فلا يحكم قاضٍ في مسألة حتى يتفقوا على الحكم فيها[4] . وقد نقل

---

(١) المرجع السابق .

(٢) انظر : (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٥٩٣) .

(٣) (ابن عابدين/ تنقيح الفتاوى الحامدية/ ج٢ص١٤) .

(٤) والسبعة هم : سعيد بن المسيب ، وعروة بن الزبير ، والقاسم بن محمد بن أبي بكر ، وخارجة بن زيد ابن ثابت الأنصاري ، وسليمان بن يسار الهلالي ، وعبيد الله بن عبيد الله بن مسعود ، والسابع قيل إنه: أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام ، وقيل : أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف ، وقيل: سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب ، وقد قال العراقي فيهم نظماً :

في الكبار الفقهاء السبعة ∴ خارجة القاسم ثم عروة

ثم سليمان عبيد الله ∴ سعيد والسابع ذو اشتباه

إما أبو سلمة أو سالم ∴ أو فأبو بكر خلاف قائم

انظر : (العراقي/ طرح التثريب/ ج٣ص٥٢) (مالك/ المدونة/ ج٢ص١٠٣) (مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج/ شرح مياره الفاسي/ شرح مياره/ ج/ ج٢ص١٩٣) (الطحاوي/ شرح معاني الآثار/ ج١ ص٢٩٦) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج١ص٤٠) .

ونقل الحطاب في مواهب الجليل ما نصه :

ألا كل من لا يقتدي بأئمة ∴ فقسمته ضيزى عن الحق خارجه

العلماء اتفاقهم في عدة مسائل ؛ كالدية ، فقد جعلوها على أهل الذهب ألف دينار[1] .

وروي أنه في زمن دولة الأمويين بالأندلس تحتم على القضاة أن يعملوا بما تراه دار الشورى في قرطبة ، أو دار شورى القضاء ، وكان أعضاؤها من كبار العلماء ، وكان يرجع إليهم في تقرير الأحكام[2] .

واجتماع مثل هذه المجموعة من العلماء ، إما أن يكون بصورة مستمرة للنظر في كل قضية ترفع إليهم من أقضية مَنْ دونهم من القضاة ، وإما أن يكون بصورة منفردة للنظر في قضية بعينها ، وذلك بتكليف من الإمام في الحالين .

وسبق ذكر رأي العلماء في تخصيص القاضي في قضية واحدة بعينها تزول سلطته بعدها[3] .

٥- والي المظالم :

وكما ذكر في مطلب والي المظالم ، فإن سلطة والي المظالم ممتدة لكل صاحب سطوة وسلطان ، ومنهم القضاة ، فكان لوالي المظالم الاستماع للشكاوى الواردة على القضاة ، سواء أكانت الشكوى تتعلق بأشخاصهم أم تتعلق بأحكامهم .

وقد أكد الفقهاء أن والي المظالم أوسع مجالاً من القضاة[4] ، ولذلك لو كان هناك قاضيان وحكم أحدهما ولم يقدر الآخر على نقض حكمه ، فإن والي المظالم ينقضه .

= فخذهم عبيد الله عروة قاسم ∴ سعيد أبو بكر سليمان خارجه

(الحطاب/ مواهب الجليل/ ج١ص٤٠) .

(١) انظر : (ابن حزم/ المحلى/ ج١٠ص٢٨٦) .

(٢) كانت دار الشورى خطة مستقلة ، وكانت تُمنح للثقات من أهل الفقه العلماء ، ومن جعل فيها كان ينظر إليه أن له شأناً عظيماً . انظر ذلك في : (ياقوت الحموي/ معجم البلدان/ ج١ص٣٢٥) (ابن فرحون/ الديباج المذهب/ ص٣٩، ٤٥) (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٢١ص٣٩٩) .

(٣) انظر ص٣٥٤ .

(٤) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٤٦) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٣) .

وهذا يجب إن يكون مفهوماً من كلام العلماء وإن لم ينصوا عليه في كتبهم .

ومما يفهم منه ذلك أن ولاية المظالم لها أنواع ، فمنها ما يكون عاماً ، وعندئذ يدخل فيه نقض القضاء ، ومنها ما يكون خاصاً بأن تقصر ولايته على النظر فيما عجز القضاة عن تنفيذه، فيتعلق فعله بالتنفيذ لا بالنظر ، وهذا إذا كان غير أهل للنظر ، وهذا الأخير لا يقدر على نقض الأحكام لانعدام النظر منه[1] .

٦- كل من تقلد القضاء له نقض أحكام قاضٍ آخر[2] ، ما لم تكن أحكامه غير قابلة للنقض :

فالفقهاء عند حديثهم عن نقض الأحكام القضائية يجيزون لكل قاضٍ نقض ما يحل نقضه من أحكام القضاة الآخرين .

والعذر في إقرار مثل هذا التصور قلة عدد القضاة في الزمن الماضي ، فكان لا يوجد في المدينة سوى القاضي الواحد أو القاضيين ، ومع عموم ولاية كل واحد منهما كان يحق له النظر في أحكام القاضي الآخر فقط إذا رفعت إليه شكاية من أحد أطراف النزاع ، لأنه لا يملك التفتيش عن أحكامه ، ولا له أن يتعقبه فيها بدون شكاية أو دعوى من أحد ، وذلك لانعدام السلطة له عليه .

٧- القاضي الجديد :

وهو الذي يخلف القاضي المعزول ، فعدَّ الفقهاء أول مهمة من مهام تسلمه المنصب الجديد تفقد أحكام من سبقه وتصفحها[3] ، ووسيلته إلى ذلك تفقد الديوان

---

(١) انظر : (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٩٧) .

(٢) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٨٤، ١١١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٠٤) (الكاساني/ بدائع الصنائع /ج٧ ص١٤) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٠٣) (القرافي/ الفروق/ ج٤ص٤١) (ابن القيم/ إعلام الموقعين/ ج٣ص٢٢٤) (السبكي/ فتاوى السبكي/ ج٢ص٥٢٩-٥٣١) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص٣٠) .

(٣) (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٦) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٤٦) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ص ٤٥٢) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢١) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٣٧) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٣٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٩٩، ٣٠٠) .

وتفقد الحبس .

أما تفقد الديوان ، فذكر سابقاً بأن القاضي يرسل من يثق بهم فيستلم أوراق الديوان ويتحفظ عليها ، ثم يتأكد مما فيها من أقضية وأحكام ، وينفذ ما يوافق الشرع وينقض ما يخالفه[1] .

أما تفقد الحبس ، فهو أيضاً من أول مهام القاضي الجديد ، فقالوا : لا يشتغل بشيء حتى يفتش عن المحبوسين ، فيبعث القاضي ثقة يحصيهم ويكتب أسماءهم وأخبارهم وسبب حبسهم ومن حبسهم[2] .

وهذا التفقد وإن كان متفقاً على جوازه ، إلا أن الخلاف حصل في وجوبه وفي وسيلته ، فقال البعض بأنه جائز ولا يجب أن يتفقد ؛ لأن الظاهر من أحكام من سبقه الصحة[3] . وهو الظاهر عند الشافعية ، إلا أن بعض الشافعية حدد وسيلة هذا التفقد بالتظلم دون التعقب[4] ، فلا يتعقب الجديد أحكام من سبقه ، وإنما إذا رفع إليه فيها ظلامة نظر فيها .

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) انظر : (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٦) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٥٣٢) (الغزالي/ الوسيط/ ج٧ ص٢٩٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٠) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٣٦٩) (النووي/ روضة الطالبين/ ج١١ص١٣٢) (ابن مفلح/ المبدع/ ج١٠ص٤٥) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص٩٧) (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٧) (ابن مفلح/ الفروع/ ٦ ص٤٥٢) (منلاخسرو/ درر الحكام/ ج٢ص٤٠٦) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص٢٠) (البابرتي/ العناية/ ج٧ص٢٦٦) (العبادي/ الجوهرة النيرة/ ج٢ص٢٤١) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١١٤) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٠٢) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٢٧٩) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٤٧) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣٢٠) (البكري/ إعانة الطالبين/ ج٤ص٢٢٧) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٧ص٢٦٦) (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٥ص٤٨) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص١٣٨) (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢٠٨) .

(٣) انظر : (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص١٣٨) (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢٠٨) (المزني/ مختصر المزني/ ج٥ص ٢٤٢) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص١٢٤) .

(٤) انظر : (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص١٢٥) .

وقد يرد سؤال في مجال التعقب : أن المتولي الجديد هل ينظر في أحكام من سبقه فقط ، أم ينظر في أحكام كل من سبقه ؟

والذي يظهر من كلام الفقهاء أنه يبحث في أحكام الذي سبقه وحده ، إلا أن مقتضى كلامهم عن الديوان والحبس يقتضي خلاف ذلك ؛ لأن في الحبس قد يكون من الذي سبقهما وهو مأمور بالنظر في الحبس لمعرفة أسباب حبسهم ، وقد يتعلق ذلك بحكم قاضٍ غير الذي عزل ، مما يعني جواز نقض أحكام السابقين للمعزول كذلك .

الفرع الثاني : موجبات نقض الأحكام القضائية :

نقض الأحكام بعد صدورها إما أن يكون لخطأ في الحكم ، وإما أن يكون في طريقة الوصول إلى الحكم .

وفي هذا الفرع أتناول الخطأ في الحكم ذاته ، وذلك لنستكمل الحديث في الأحكام القضائية ، لنتحدث فيما بعد في تنفيذ هذه الأحكام .

أما الحالات التي يصح فيها نقض الأحكام لخطإٍ فيها فهي كما يلي :

أولاً: مخالفة نص ثابت أو إجماع أو قياس ظاهر ، بشرط أن يكون سالماً عن المعارض:

فإن وقع الحكم مخالفاً على هذه الصورة نقضه القاضي نفسه ، وغيره له كذلك نقضه ، وسواء اهتدى إلى موضع الخلل بنفسه أو بغيره ، وهذا باتفاق الفقهاء[1] .

---

(١) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ ص٢٨١) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ ص١٣٨) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ ص١٠٣) (ابن تيمية/ الفتاوى الكبرى/ ج٥ ص٥٥٩) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ ص٧٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٧٨) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص٢٤١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٠٤) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ ص٦٨٦، ٦٨٧) (ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٧ ص٣٠٤) (ابن القيم / إعلام الموقعين/ ج١ ص٦٥) .

والدليل على نقضه كل النصوص القرآنية السابقة الدالة على تقدم حكم الله تعالى وحكم رسوله ﷺ على كل الأحكام ، والتي يستدل منها على أن كل حكم خالف النصوص الثابتة القطعية أو الإجماع أو القياس الظاهر مع اشتراط أن تكون سالمة عن المعارضة ، فهو باطل يتوجب نقضه وإبطاله .

ومما يضاف لهذه الأدلة كذلك جملة أخرى من أفعال الصحابة وأقوال العلماء في هذا الموضوع ، منها :

١- ما روي أن عمر رضي الله عنه لقي رجلاً فقال : ما صنعت ؟ قال : قضى علي وزيد بكذا . قال : لو كنت أنا لقضيت بكذا ، قال : فما منعك والأمر إليك ، قال : لو كنت أردك إلى كتاب الله وسنة نبيه ﷺ لفعلت ، ولكني أردك إلى رأي ، والرأي مشترك[١] . فلم ينقض ما قال علي وزيد رضي الله عنهم أجمعين .

وهذا يدل على أن الحكم منهما لو خالف كتاب الله عز وجل أو سنة من قول النبي ﷺ مما لا اجتهاد فيه ، لنقضه عمر رضي الله عنه ، ولكنه كان اجتهاداً منهما ، فلا يجوز نقضه بعد صدور الحكم فيه .

٢- أن القاضي نائب الشرع، ولذلك لا يصح منه الحكم بغير حكم الشرع[٢]، لأنه يقع خارج حدود النيابة .

٣- أن العلماء مجمعون على أنه لا اجتهاد في مورد النص[٣] ، ونصوا على ذلك في كتبهم بما يدلل على أن مثل هذه الأحكام باطل في أصله ؛ لأنه اجتهاد في غير محله ، وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة الرابعة عشر على أنه « لا مساغ للاجتهاد في مورد النص »[٤] .

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص٥٢٢ . وقد استدل بهذا الدليل كل من (ابن القيم/ إعلام الموقعين/ ج١ص٦٥) و(ابن الهمام/ فتح القدير/ ج٧ص٣٠٤) .

(٢) (السبكي/ فتاوى السبكي/ ج٢ص٤٣٦) .

ـسم : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٧٧) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٨٧) .

ـلة الأحكام العدلية/ ص١٧/ م١٤) .

وذكر الفقهاء أن القضاء بما يخالف مثل هذه الأدلة القطعية لم يصادف شرطه ، فوجب نقضه ؛ لأن شرط الحكم بالاجتهاد عدم النص ، بدليل خبر معاذ ، ولأنه إذا ترك الكتاب والسنة فقد فرط، فوجب نقض حكمه[1] . فهذه الأدلة يعرف منها أن القضاء على هذه الصفة مخالف للشريعة ويكون حكمه الإبطال .

ويقصد بمخالفة النصوص القطعية أن يكون الحكم مصادماً مخالفاً لما ورد به النص، أما إن حكم بما لا دليل عليه من الكتاب والسنة ، فلا يعد مخالفاً لهما ، إذ لا يشترط في كل مسألة أن يرد فيها نص من النصوص القطعية .

وحدد الإمام القرافي معنى أن يكون الحاكم مصادماً ومخالفاً لهذه النصوص القطعية ، فاشترط أن يكون النص سالماً عن المعارض ، فقد يكون النص معارضاً بما هو راجح عليه[2] . وهذا يتصور عند جمهور الفقهاء عندما قالوا إن هناك أحكاماً جاءت على خلاف الأصل ، وأنها على خلاف القواعد والأقيسة ، إلا أنها معضودة بالإجماع ، فتصير راجحة بالإجماع .

وضربوا لذلك أمثلة بالقراض والمساقاة والسلم والحوالة ؛ فهي كما يقول جمهور الفقهاء جاءت على خلاف الأصل ، فهل يعني هذا أنه يجوز نقض الحكم القضائي الذي يحكم بها ؟

الجواب بالنفي ؛ لأن هذه الأحكام ثبتت بطريق آخر ، وهو الإجماع .

إلا أن ابن تيمية وابن القيم يرحمهما الله يرون أنه ليس في الشرع شيء ثابت على خلاف الأصل وعلى خلاف القياس ، وأن ما ثبت بالإجماع صار أصلاً بنفسه[3] .

ولكن الفريقين يتفقان على أن المراد بالأصل هنا هو الأصل العام ، والمراد بالقياس كذلك إنما هو القياس العام ، ولا خلاف بين الفريقين في أن الحكم المخالف للنصوص الشرعية القطعية أو الإجماع ينقض .

---

(١) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٠٣) .

(٢) (القرافي/ الفروق/ ج٤ص٤٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٧٩) .

(٣) (ابن القيم/ إعلام الموقعين/ ج١ص٢٨٩) .

أما القول بنقض الأحكام المخالفة للقياس الظاهر ، فهو رأي الجمهور[1] .
وقد خالف الحنابلة وقالوا بعدم إبطال الحكم المخالف للقياس الجلي[2] .

أما القول بنقض الأحكام المخالفة للقواعد فقد نقله القرافي وأخذ به ، واشترط أن تكون القاعدة كذلك سالمة عن المعارض[3] .

إلا أن القول بحجية القواعد أمر مختلف فيه ؛ ففي حين ينقل الإمام القرافي هذا الرأي ، نجد جملة من العلماء يعارضون اتخاذ القواعد الفقهية حجةً ، أو دليلاً يصلح لاستنباط الأحكام الشرعية منه ، ويمكن مراجعة هذا الاختلاف في كتب القواعد[4] .

إلا أنه من الملاحظ أن الإمام القرافي لم يقل بالحجية مطلقاً ، وإنما قيد ذلك بعدم المعارض ، وهذا ينطبق على عدد من القواعد دون بقية القواعد الأخرى ، وأكثر القواعد التي هذه صفتها غالباً ما تكون مستندة إلى نص قطعي أو إجماع أو حتى تكون بذاتها نصاً شرعياً ، كقاعدة : « الخراج بالضمان » فهو حديث عن رسول الله ﷺ[5] .

وبذا تكتسب حجيتها بالنظر لما تستند إليه ، لا باعتبارها قاعدة فقهية .

ثانياً : أن يظهر أن الشهود ممن لا تقبل شهادتهم :

بأن كان أحدهم عبداً أو كان غير عدل[6] ، فإنَّ تخلف صفة الشهادة وشروط الشاهد عن الشهادة في الحدود مؤذن بجواز نقض الحكم المبني عليه . وهذا

---

(١) انظر : (الرصاع/شرح حدود ابن عرفة/ص٤٤٢) (النووي/روضة الطالبين/ج١١ص١٥١) (المواق/التاج والإكليل/ ج٨ص١٣٨) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ج٧ص١٦٣) .

(٢) انظر : (المرداوي/الإنصاف/ج١١ص٢٢٤) (ابن مفلح/المبدع/ج١٠ص٤٩) .

(٣) (القرافي/الفروق/ج٤ص٤٠) .

(٤) انظر : (علي الندوي/القواعد الفقهية/ص٣٢٩) .

(٥) سبق تخريجه . انظر ص٥٢٩ .

(٦) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ج٦ص٢٨١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج١ص٨١) (السبكي/ فتاوى السبكي /ج٢ ص٤٣٦) .

فيما يتعلق بحق الله الخالص .

ويرى العلماء أن الحكم المستند إلى مثل هذه الشهادة إنما بني على سبب غير موجود ، ويظن القاضي وجوده ، فإذا انكشف ذلك ينقض[1] .

ونقض الحكم في بعض المواضع يجمع عليه الفقهاء والبعض الآخر مختلف فيه[2] . وليس موضوعنا التطرق لهذه المواضع .

ولقد فرق الإمام السبكي بين صورتين من صور عدم قبول الشهادة ، فاعتبر أن صورة من صور الشهادة المرفوضة راجع إلى عدم حصول الفعل في الحقيقة في المشهود عليه ، وهذا يمكن أن يسمى بالنقض الموضوعي ، ومثّل له بشهادة الزور ، فإن شاهد الزور بعدما تبين زور شهادته علمنا قطعاً أن المشهود عليه لم يفعل ما نسب إليه ذلك الشاهد ، وبذلك ينقض الحكم موضوعياً .

أما الصورة الأخرى فالطعن لم يلحق بموضوع الشهادة ، وإنما بالطريق الذي حصلت به، مع احتمال أن يكون الشاهد صادقاً . ومثّل لذلك بشهادة الكافر ؛ فإن شهادته لا تقبل ، لانعدام العدالة فيه ، فإذا ظهر للقاضي أن أحد الشهود كان كافراً، نقض الحكم ، لا لأن المشهود عليه لم يفعل ذلك الفعل المنسوب إليه ، وإنما لأن الطريق الموصلة للخبر غير مقبولة شرعاً ، وإلا فإن الكافر قد يكون صادقاً ، ويعلم عندئذ أن المشهود عليه قد فعل الفعل ، إلا أن طريقة الحصول على الشهادة كان غير مقبول شرعاً[3] .

---

(١) انظر : (السبكي/ فتاوى السبكي/ ج٢ص٤٣٦) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) انظر : (السبكي/ فتاوى السبكي/ ج٢ص٤٣٦) .

ثالثاً : أن يكون القاضي قد نسي أو جهل أو أخطأ أو كان معروفاً بجوره أو بفسقه وانعدام عدالته[1] :

أما نسيانه أو غلطه أو جهله ، فلا يعرف إلا من قوله[2] .

أما جوره وفسقه ، فيعرف من غير ذلك .

وقد بحث العلماء حكم من قضى وهو على هذه الصفة ، فكان من أحكامه ما هو صواب ، وكان منها ما هو خطأ بين واضح .

فمن العلماء من أخذ بأحكامه إلا ما ظهر خطؤها[3] .

ومنهم من رفض أحكامه إلا ما ظهر صوابها[4] .

ومنهم من رفض أحكامه كلها صوابها وخطأها ؛ لأنه لا يؤمن حيفه[5] .

ومن العلماء من رفض أحكامه كلها إلا ما تحقق فيه سلامة الظاهر والباطن ، وقالوا : « إن اطلع على حكمه فكان صواباً والباطن عنده صحيح مستقيم ، وشهد بذلك من عرف القضية وعرف كيف شهد فيها من أهل العدل ، فإنه يُمضى ولا يُرد؛ لأنه إذا رُدّ وقد ماتت البينة وانقطعت الحجة ، كان ذلك إبطالاً للحق »[6] .

---

(١) انظر : (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٣٨) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٨٠) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٨٠) .

(٣) انظر : (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٣٨، ٨٤) .

(٤) انظر : (ابن تيمية/ الفتاوى الكبرى/ ج٥ص٥٥٩) .

(٥) انظر : (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ص٤٤٧) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٨) (السبكي/ فتاوى السبكي/ ج٢ص ٤٣٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٨٢) .

(٦) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٨٣) .

ويرى اللخمي[1] : أن القاضي إن كان قد حكم برأيه من غير مطالعة أهل العلم ، فيرد من أحكامه ما كان مختلفاً فيه ، وعلل ذلك بأنه كان منه تخميناً وحدساً ، والقضاء بمثل ذلك باطل[2] .

والذي يظهر -والله أعلم- أن الحق لا يعرف بالرجال ، وإنما الرجال يُعرفون به[3] ، فصدور القضاء صحيحاً صائباً ممن هو جاهل أو جائر أو ناسٍ لا يلغي كونه حقاً وصواباً ، كما لو صدر الظلم من عادل عالم ، فإنه يلغى ويبطل لأنه ظلم ، ولا يقال بصحته لصدوره ممن هو أهل للعلم والعدالة ، فإن كل قاضٍ مجتهد فيما يعرض عليه من أقضية، وكل مجتهد -بعد رسول الله ﷺ- معرّض للخطأ ، وثبتت احتمالية الخطأ منه بنص حديث رسول الله ﷺ إذ يقول : « إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر »[4] .

ولذا كان الذي يحكم على صحة الحكم القضائي هو قربه من الصواب أو بعده عنه ، فالعدل عدل وإن صدر من جائر ، والجور جورٌ وإن صدر من عادل ، ويقول الإمام الشوكاني في ذلك : « وأما إذا كان القاضي المتولي للحكم غير متأهل للقضاء فحكمه باطل من أصله ؛ لأنه صادر عن غير حاكم ، لكنه إذا وافق الحق

---

(١) اللخمي : علي بن محمد الربعي اللخمي ، أبو الحسن ، قيرواني الأصل ، نزل صفاقس ، صنف كتباً كثيرة مفيدة ، من أحسنها تعليق على المدونة ، سماه التبصرة ، أورد فيها آراءً خرج بها عن المذهب ، وله فضائل الشام ، توفي سنة ٤٧٨هـ . (ابن فرحون/ الديباج المذهب/ ص٢٠٣) .

(٢) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٨) .

(٣) وهو قول علي رضي الله عنه للحارث بن حوط ، يا حارث : إنه ملبوس عليك إن الحق لا يعرف بالرجال ، اعرف الحق تعرف أهله . (القرطبي/ تفسير القرطبي/ ج١ص٣٤٠) (المناوي/ فيض القدير/ ج١ص٢١٠) (صديق البخاري/ أبجد العلوم/ ج١ص٨٦) .

وبمثله قالوا : لا تنظر إلى من قال ، وانظر إلى ما قال . (صديق البخاري/ أبجد العلوم/ ج١ص٨٦) .

(٤) (البخاري/ الاعتصام بالكتاب والسنة/ باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ/ ح٧٣٥٢) (مسلم/ الأقضية/ باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ/ ح١٧١٦) (أبوداود/ الأقضية/ باب في القاضي يخطئ/ ح٣٥٧٤) (ابن ماجه/ الأحكام/ باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق/ ح٢٣١٤) (أحمد/ عن عبد الله بن عمرو بن العاص/ ح ٦٧١٦، ١٧٣٢٠، ١٧٣٦٠) .

فقبوله واجب من حيث كونه حقاً ، لا من حيث كونه صادراً من غير من يصلح للقضاء ؛ لأن الحق حق في نفسه لا يخرج بحكم من ليس بمتأهل للقضاء عن كونه حقاً ، وإن كان القاضي الذي ليس بمتأهل آثماً ، لأنه قضى بالحق وهو لا يعلم به ، فهو أحد قاضيي النار ... إذا تقرر هذا عرفت أن لزوم حكم الحاكم ووجوب امتثاله وتحريم نقضه يرجع إلى كونه مطابقاً للحق ، وعدم لزومه ، وجواز نقضه يرجع إلى كونه مخالفاً للحق »[1].

فليس من المقبول ربط صحة الأحكام بالأشخاص سلباً أو إيجاباً ، إلا لمن هو معصوم ، فعندها تنسب أحكامه كلها للصحة جزماً وقطعاً، وهذا ليس لأحد بعد رسول الله ﷺ، « فكل يؤخذ من كلامه ويرد عليه إلا المصطفى ﷺ »[2]. وليس لما سبق علاقة بما ذكره العلماء من ضرورة تعقب أحكام القاضي الجائر ، ومنع هذا التعقب في حق القاضي العالم العادل ، والذي سيأتي ذكره بعد قليل في كيفية نقض الأحكام .

رابعاً : نقض الأحكام المخالفة لأصول الإجراءات الشرعية :

وهذا موضوع المبحث الرابع.

خلاصة القول في هذا المبحث :

مما يجدر ملاحظته في هذا المبحث ما يلي :

١- أن إبرام الأحكام ونقضها يخضع لأصول ثابتة عند الفقهاء يتم الموازنة من خلالها بين حاجة المعاملات إلى الاستقرار ، وحاجة الأحكام الباطلة إلى النقض .

٢- أن قول العلماء يمنع نقض الأحكام حال كونها موافقة للنصوص الثابتة أو الإجماع أو القياس الظاهر ، لا يعني عدم جواز رفع القضية إلى قاضٍ آخر للنظر

---

(١) (صديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص٢٤٠، ٢٤١) (الشوكاني/ السيل الجرار/ ج٤ص٣٠٣) ..

(٢) من كلام الإمام مالك رضي الله عنه . انظر : (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج٨ص٩٣) .

في مدى مطابقة هذا الحكم للنصوص الشريعة .

فالعلماء قالوا إن الحكم الذي هذه صفته يمتنع نقضه ، إلا أنه لا بد من وسيلة لمعرفة كون الحكم جاء على هذه الصورة أو مخالفاً لها ؛ لأن الذي يحكم على الحكم بأنه موافق أو مخالف للشريعة لا بد وأن يكون عالماً . من هنا كان دور أصول المحاكمات الشرعية الجزائية ليقرر أن طلب إعادة النظر في حكم قاضٍ من القضاة يجب أن يقبل إذا رأى أحد أطراف النزاع ذلك ، وخصوصاً في باب الجزائيات ، لخطورة العقوبات فيها ، فإن وجد الحكم موافقاً للأوصاف الشرعية صادق عليه وأنفذه ، وإن وجده مخالفاً نقضه وأعاد الحكم فيه .

ولا يصح قياس سلطة الأحكام القضائية في الجزائيات على الأموال ، فإن الحكم بإعدام إنسان قصاصاً ليس كالحكم بما يوجب نقصاً في مال منقول أو عقار ، ويجب مراعاة كل زمان لظروفه ، ولقضاته ولأفراده .

فمتى كان القضاة دون مرتبة الاجتهاد ودون التحصيل المطلوب من الأحكام والعلوم الشرعية ، استوجب وجود مرتبة أخرى من التقاضي حفاظاً على الحقوق وخاصة أنها حقوق تتعلق بالأرواح والدماء .

وكان من المناسب في الأحكام التي تؤدي إلى فوات نفس أو عضو أن يكون الاستئناف فيها بقوة القانون ، ويستأنس لهذا بقصة سيدنا علي في حياة النبي ﷺ في الذين وقعوا في الحفرة فجرحهم الأسد ، كما تم ذكرها سابقاً[١] . فهو وإن كان قاضي اليمن ، إلا أنه أخبرهم أن لهم استئناف الحكم عند رسول الله ﷺ .

ومن ذلك كذلك ما روي أن سيدنا عمر رضي الله عنه أمر الولاة بأن يرفعوا إليه كل ما كان محكوماً عليه بالقتل ليعيد النظر فيه[٢] ، وهذا هو الأصوب والأسلم حفاظاً على ما لا يتدارك بفواته .

وقد أخذت القوانين التي تطبق إجراءات المحاكمة الشرعية الجزائية بذلك في

---

(١) انظر القصة في ص٥٣٩ .

(٢) سبق تخريجه . انظر ص٣٧٩ .

أحكامها . وقد ورد في قرار لمحكمة النقض في الإمارات العربية المتحدة ما يلي : « إن وظيفة محكمة النقض في شأن قضايا الإعدام ذات طبيعة خاصة تقتضيها أعمال رقابتها على عناصر الحكم كافة موضوعية وشكلية غير مقيدة في ذلك بحدود أوجه الطعن أو مبنى الرأي الذي تعرض به النيابة العامة تلك الأحكام ، ذلك أن الحكم الصادر بعقوبة الإعدام يعتبر مطعوناً فيه بقوة القانون أمام المحكمة الاتحادية العليا ، وموقوفاً تنفيذه لحين الفصل في الطعن ، سواء قدمت النيابة العامة مذكرة برأيها أو لم تقدم ، وسواء قدمت هذه المذكرة قبل فوات الميعاد المحدد للطعن أو بعده ، وسواء طعن المحكوم عليه بالإعدام أو لم يطعن ، وسواء كان طعنه مقبولاً أو غير مقبول »[(١)].

٣- أن القول بأن الأحكام الموافقة للنصوص الشرعية مبرمة ، والأحكام المخالفة يجب نقضها ، يقتضي مراعاة اجتهاد القاضي في تطبيق النصوص على الوقائع ، وهو ما يعرف بالتكييف القانوني للحالة المعروضة .

فإن قلنا إن الحكم مبرم لأنه حكم مؤيد بنص من كتاب الله تعالى ، فلا يحل نقضه، فإننا لا بد أن نقول إن اجتهاد القاضي في تقدير الوصف للواقعة قد لا يصادف شرطه ، لاختلال صفة الاجتهاد أو القدرة عليه عند هذا القاضي . فيجب النظر في كون الواقعة مما ينطبق عليها النص أم لا ، فإن الحكم شيء والواقعة شيء ، وتطبيق الحكم على الواقعة شيء ثالث .

يؤيد ما سبق قول الإمام ابن القيم :

« لا يتمكن المفتي أو الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم ، أحدهما فهم الواقع واستنباط حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات ، حتى يحيط به علماً ، والنوع الثاني فهم الواجب في الواقع ، وهو فهم حكم الله في كتابه

---

(١) (حسن حمادي/ قضاء الحدود والقصاص والدية/ ص٤٦٠) (قرار محكمة النقض/ الطعن٨٦ لسنة ١٣/ جزائي شرعي/ جلسة ١٦/ ٥/ ١٩٩٢) .

أو على لسان رسوله ﷺ في هذا الواقع ، ثم تطبيق أحدهما على الآخر ... فالحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهده وفي القرائن الحالية والمثالية كفقهه في كليات الأحكام ، أضاع حقوقاً كثيرة على أصحابها ، وحكم بما يعلم الناس بطلانه لا يشكون فيه ، اعتماداً منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله ، فهاهنا نوعان من الفقه لا بد للحاكم منهما ، فقه في أحكام الحوادث الكلية ، وفقه في نفس الوقائع وأحوال الناس يميز به بين الصادق والكاذب والمحق والمبطل ، ثم يطابق بين هذا وهذا ، فيعطي الواقع حكمه من الواجب ، ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع »[1].

ومما يدل على أن القضاة في الزمان السابق كانوا يتمتعون بهذه الصفة من القدرة على النظر والقدرة على الاجتهاد ، أن الفقهاء لم يلزموا القاضي برأي غيره ابتداءً عند النظر ، ولم ينقضوا حكمه انتهاءً إن خالف غيره ، أما وقد تبدل حال القضاة حتى على فرض أنهم قضاة شرعيون في بلد إسلامي ، إلا أن نظرهم يحتاج إلى إعادة نظر ، وخصوصاً في الجزائيات .

٤- أن تعدد الناقضين في الفقه الإسلامي لا يعني بأن الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية مبنية على افتراض الخطأ ابتداءً حتى يثبت العكس ، بل الصحيح أنها صحيحة إلى أن يدل الدليل على أنها ليست كذلك .

وإنما يجب فهم كثرة الناقضين مقترناً بقلة القضايا القابلة للنقض مع مراعاة شخصية القاضي وعلمه ، فإذا أخرجنا الأحكام التي لا تقبل النقض علمنا أن القليل من الأحكام يمكن نقضها مقارنة مع القانون الوضعي .

فنادراً ما يخالف القاضي نصاً أو إجماعاً أو قياساً ظاهراً أو إجراءً من إجراءات المحاكمة ، ومبرر ذلك -إن حصل في الزمن الأول- هو عدم بلوغ الأحاديث والآثار إلى مسامع القضاة لصعوبة الاتصال حينها . أما في زماننا فلا يبقى من عذر أمام

---

(١) (ابن القيم/ الطرق الحكمية/ ص٤) .

القاضي لتخلفه عن العلم بهذه النصوص إلا الجهل . فالأحكام المخالفة قليلة في زمانهم ، وتفصيلهم للحالات التي ينقض فيها الحكم المخالف إنما كان احتياطاً وافتراضاً لا وصفاً لواقع قضائهم في ذلك الزمن .

وكثرة الناقضين كذلك مقصده تسهيل التقاضي بين الناس في ذلك الوقت ، والإسراع في إرجاع الحقوق لأصحابها ، مع ملاحظة أن تعدد القضاة في المكان الواحد لم يكن بأكثر من قاضيين في ذات البلد ، وربما بلغوا ثلاثة ، كما ذكرنا سابقاً.

ولذا لا يصح في زماننا هذا مع كثرة القضاة ومع سهولة الاتصال القول بجواز نقض الأحكام من أي قاضٍ له ولاية القضاء ، بل لا بد أن يكون مضبوطاً ومحدداً حتى تتحقق المصلحة المرجوة من إعادة النظر في القضايا المعترض عليها أمام القضاء.

الفرع الثالث : كيفية نقض الأحكام :

تحدث الفقهاء عن وسيلتين يتم من خلالهما البدء بالنظر في الطعون المقدمة بحق الأحكام القضائية ، وهاتان الوسيلتان هما :

١ – الطلب من أحد أطراف الخصومة[1] :

بأن يتقدم بشكاية إلى من يحق له نقض الأحكام القضائية ، فتبدأ الإجراءات بإعادة النظر في القضية التي رفعت سابقاً .

ومن الواجب ملاحظته أن المشتكي في هذه الحالة لا يصبح مدعياً في القضية الجديدة ، بل يبقى المدعي هو المدعي في القضية الأولى ، وكذلك يبقى المدعى عليه هو نفسه كما في القضية الأولى ، وهذا يعني أن دور المشتكي مقصور على طلب إعادة النظر في القضية المحكوم بها أمام قاضٍ آخر .

والأمثلة على هذه الوسيلة كثيرة ، سترد بعد قليل عند الحديث عن إبرام الأحكام ونقضها .

---

(١) انظر : (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٣٨) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص١٢٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ ص٨٩) .

ولقد نصت مجلة الأحكام العدلية على هذه الوسيلة في المادة (١٨٣٨) :

« إذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي صدر في حق الدعوى ليس موافقاً لأصوله المشروعة ، وبيّن جهة عدم موافقته ، وطلب استئناف الدعوى ، فيحقق الحكم المذكور ، فإن كان موافقاً لأصوله المشروعة يصدق ، وإلا يستأنف »[1].

٢- أن يكون بغير طلب من أحد :

ويكون ذلك بالتفتيش المستمر على القضاة ، وهذا يصلح أن يكون من الإمام، ومن قاضي القضاة ، أو لجماعة معينين من القضاة ، وكذلك قد يكون التفتيش من القاضي نفسه بحثاً عن مواطن الخلل في أحكامه ، وقد يكون من المتولي الجديد بالنظر في الديوان والسجن .

أما تفتيش الإمام ومن له سلطة على القاضي ، فإن التفتيش يكون لعدة أغراض ، ومنها مراقبة سيرته ومتابعة سائر عمله ، وكذلك مراقبة أحكامه ، ويكون التفتيش سرياً وعلنياً ، فإذا ظهر فساد حاله ينظر في أحكامه وأقضيته كلها ، فما وافق الحق أمضاه ، وما خالفه فسخه[2] .

والتفتيش على القضاة باعتبارهم أحد ولاة الأمور في الدولة الإسلامية كان سمة الخلفاء؛ وقد روي أن عمر رضي الله عنه قال : أرأيتم إن استعملت عليكم خير من أعلم ثم أمرته بالعدل ، أقضيت ما عليّ ؟ قالوا : نعم . قال : لا حتى أنظر في عمله أعمل بما أمرته أم لا [3].

فقوله هذا وإن كان عاماً لكل الولاة ، إلا أن الثابت أن الإمام كان يفتش على قضاته وعلى سائر أعمالهم ؛ لأنه أحد الولاة .

---

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٨٦) (لجنة المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص٣٧٤) .

(٢) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٨٧) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص١١، ١٢٥) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص٣٢) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٠٣) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٠) .

(٣) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص١٦٣/ ح١٦٤٣٢) (معمر بن راشد/ الجامع/ ج١١ص٣٢٦/ ح٢٠٦٦٥) (البيهقي/ شعب الإيمان/ ج٦ص٢٤/ ح٧٣٩٥) .

وقد يستتبع ظهور فساد أحكام القاضي أن يعزل إذا كثر ذلك ، وعرف منه فساد حاله ، وإن عرف منها أنها زلة فلا يعزله ، وإنما يتتبع أحكامه وينقض المخالف منها .

والحال كذلك إذا كثرت الشكاية عليه -كما نص الفقهاء- فإن كان غير عدل فلا خلاف في وجوب عزله ، وإن كان عدلاً فاختلف في جواز عزله ، ومن قال بعدم عزله قال : إن الإمام يتعقب أحكامه ، فما وافق الحق أمضاه ، وما لم يوافق ردّه وحمل ذلك على الخطأ منه[1].

أما إن كان القاضي عدلاً مشتهراً بذلك واتصف بالعلم مع العدالة ، فلا يفتش أحد عن أعماله ولا تتصفح أحكامه ، إلا إن احتيج إلى ذلك بطلب من الخصوم أو أحدهم ، فعندها ينظر في حكمه، لكن لا على وجه الكشف والتعقب[2].

وصورة البحث عن الأخطاء في الأحكام القضائية ليست مقصورة على الإمام أو قاضي القضاة أو غيرهم ، بل نص الفقهاء على أن القاضي نفسه يفتش عن الأحكام التي مضت بالنظر في الديوان والبحث في السجن[3] ، خوفاً من أن يكون قد سها أو نسي ما يؤثر في تغيير الأحكام .

وكما تحدث الفقهاء عن وسيلة البدء بالنظر في الطعون المقدمة بحق الأحكام القضائية ، تحدثوا عن الصيغة التي يجب أن يصدر بها النقض لاعتماده واعتباره .

فالنقض له قوة الحكم الأصلي المنقوض قبل أن ينقض ، ولذلك قالوا : « يشترط قوله : نقضت أو فسخت أو أبطلت، ولا يكفي عند البعض أن يقول : هذا باطل أو ليس بصحيح »[4].

---

(١) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٦، ٣٧) .

(٢) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١١٤) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص١٣٧) .

(٣) انظر : (ابن خلدون/ مزيل الكلام/ ص١٣١، ١٣٢) . ويقول ابن خلدون في رسالته ما نصه : « والنظر في السجن لا يقتصر على تعقب أحكامه ، بل يتفقد المساجين كل جمعة ويجتهد في خلاصهم بإرضاء خصومهم أو سماع بينة إعسارهم أو قضاء ما عليهم من سهم الغارمين ونحو ذلك » .

(٤) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص٢٩٤) .

وذكر المالكية شرطاً في نقض القاضي حكم نفسه ، وهو أن يفسر الوجه الذي فسخ حكمه به ، وسبب ذلك أنهم يجيزون للقاضي فسخ حكم نفسه حتى لو كان الحكم الماضي يحتمله الاجتهاد ، وكان له وجه ودليل ، فمجرد استحسان القاضي رأياً فوجده أصوب من الذي قضى به ، يسمح له بنقض حكمه السابق . وبناء على ذلك كان عليه أن يفسر ؛ لأن الرأي الأول له وجه صواب ، واكتفى البعض منهم بالإشهاد على الفسخ[1] .

ومما اشترطه العلماء في الحكم الناقض أن يسجل بالنقض كما سجل بالحكم ، ليكون التسجيل الثاني مبطلاً للأول ، كما صار الثاني ناقضاً للحكم الأول .

أما إن لم يكن قد سجل بالحكم لم يلزمه التسجيل بالنقض ، إلا أن تسجيله أولى على كل حال[2] .

---

(١) انظر : (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٠٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ج١ص٨١) .

(٢) انظر : (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ج٦ص٢٩٤) .

المبحث الثاني

أصول تنفيذ الأحكام الشرعية الجزائية

يكون الحديث في هذا المبحث عن الأصول التي فهمها علماء الشريعة من النصوص والآثار فيما يتعلق بعملية إتمام تنفيذ الأحكام الشرعية الجزائية ، وهي الفصل الأخير من عملية التقاضي الجزائية .

وهذه الأصول لها خصوصيتها في الجزائيات عما هو في سائر المحاكمات . والسبب راجع إلى طبيعة الأحكام المترتبة على القضايا الجزائية ونوعيتها ، مما جعلها مختلفة عن بقية الأحكام .

والحديث عن هذه الأصول لن يتطرق إلى ما قدره الشرع من مقادير محددة في العقوبات، ولا إلى ما يجب تقديره في التعازير ؛ لأن هذا من شأن القاضي في التقدير، وهو تابع للشق العقابي من الجزائيات .

أما ما نتحدث عنه فهو من شأن الأصول الإجرائية والنظام العام للعقوبات الشرعية في كيفية الاستيفاء والتحصيل .

وقد جاءت هذه الأصول على النحو التالي :

المطلب الأول : اقتصار التنفيذ على ما هو مطلوب .

المطلب الثاني : الاتزان والاعتدال عند إقامة العقوبة .

المطلب الثالث : الحفاظ على الحرمات .

المطلب الرابع : تناسب الشدة في التنفيذ مع الجريمة .

المطلب الخامس : أن يكون التنفيذ مشهوداً .

المطلب السادس : أن يكون التنفيذ بإذن الإمام .

المطلب الأول

اقتصار التنفيذ على ما هو مطلوب

ويقصد بذلك أن لا يلحق المحكوم عليه من خلال طريقة التنفيذ أكثر مما يستحقه .

ويظهر هذا الفهم والقصد من خلال جملة من الأحكام ذكرها الفقهاء ، وهي:

أولاً : أن يتقي في التنفيذ للجَلْدِ الوجه والمذاكير[1] :

وهذا باتفاق الفقهاء[2] . وسبب المنع أن مثل هذا الضرب فيه احتمال الإتلاف ، فيمنع ؛ فإن ذلك يؤدي إلى ما لا يستحقه المحكوم عليه .

وفي ضرب الوجه جاء النهي عنه لسبب آخر غير الإتلاف ؛ فإن النبي ﷺ نهى عنه وكان الحد مهلكاً ، فقال ﷺ عندما رجم الغامدية : « ارموها واتقوا الوجه »[3]، فقال الحنفية : فلما منع من ضرب الوجه في موضع كان الإتلاف مستحقاً، ففي موضع لم يستحق الإتلاف أولى[4].

وسبب النهي عنه في الحد غير المهلك أن الوجه موضع الحواس ، وفي الضرب عليه إذهاب بعض الحواس عنه ، وهو استهلاك حكماً [5].

---

(١) المذاكير : منسوبة إلى الذكر . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٤ص٣١١) .

(٢) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٣٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص١٠) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧٢) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص١٤١) (ابن تيمية/ السياسة الشرعية/ ص١٥٧، ١٥٨) .

(٣) (أبو داود/ الحدود/ باب المرأة التي أمر النبي ﷺ برجمها/ ح٤٤٤٣) (أحمد/ عن نفيع بن الحارث/ ح١٩٩٢٣) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٢٢١/ ح١٦٧٤٤) .

(٤) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧٢) .

(٥) المرجع السابق .

وقالوا « إن الوجه مجمع المحاسن ، فيعظم أثر شينه[1] »[2].

ومثل الوجه والمذاكير ، مواضع القتل كنقرة النحر ، فالقصد ردعه لا قتله[3] .

وحصل خلاف في الرأس ؛ ففي حين يرى الجمهور أن الرأس يشبه الوجه والمذاكير ومواضع القتل[4]، إلا أن بعضاً من العلماء أجازوا ضرب الرأس، ومنهم بعض الشافعية وأبو يوسف من الحنفية ، وكان يقول بقول الجمهور ، إلا أنه عدل عنه وقال : يضرب الرأس ضربة واحدة . وهو قول ابن أبي ليلى[5] .

واستدل هذا الفريق بما روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال : « اضربوا الرأس ، فإن الشيطان في الرأس »[6].

واستدل الجمهور بقول عمر رضي الله عنه للجلاد : « إياك أن تضرب الرأس والفرج »[7].

وقالوا : إن الرأس موضع الحواس ، فيخشى فوات بعضها ، وليس هو المقصود[8].

وردّوا على أدلة الفريق الآخر ، بأن خبر أبي بكر ضعيف ، وأنّ فيه المسعودي

---

(١) الشين : القبيح ، وهو خلاف الزين ، ويعني أيضاً العيب . (ابن منظور/لسان العرب/ج١٣ص٢٢٤) .

(٢) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٦٠) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص١٠) .

(٣) (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٦٠) .

(٤) انظر : (زكريا الأنصاري/أسنى المطالب/ج٤ص١٦٠) (السرخسي/المبسوط/ج٩ص٧٣) (ابن قدامة/المغني/ج٩ ص ١٤١) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص١٠) .

(٥) انظر : (السرخسي/المبسوط/ج٩ص٧٢، ٧٣) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص١٠) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص ١٤١) .

(٦) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٦ص٥/ح٢٩٠٣٣) . قال ابن حجر : وفيه ضعف وانقطاع (ابن حجر/تلخيص الحبير/ ج٤ص٧٨) ، وقال الزيلعي: المسعودي ضعيف . (الزيلعي/نصب الراية/ج٣ ص٣٢٤) .

(٧) (مصنف ابن أبي شيبة/ج٥ص٥٢٩/ح٢٨٦٧٥) (سنن البيهقي الكبرى/ج٨ص٣٢٧/ح١٧٣٥٩) (مصنف عبد الرزاق/ج٧ص٣٧٠/ح١٣٥١٧) .

(٨) (السرخسي/المبسوط/ج٩ص٧٣) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص١٤١) .

كما قاله الزركشي [1]. وعلى تقدير ثبوته ، فهو معارض بقول علي رضي الله عنه . وعلى افتراض صحته أيضاً ، فإن تأويله أن أبا بكر قالها فيمن أبيح قتله ، ونقل أنه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة ، وكان الإهلاك فيه مستحقاً [2] .

والراجح : أنه يتجنب الرأس ؛ لأنه مركز من مراكز الأعصاب في الجسم ، وحصول ضرب على أي جزء فيه قد يؤدي إلى خلل في جسم الإنسان ، وهذا لم يشرع مع الحد المقدر . وحتى إن كان المقصود هو الحد المهلك ، فلا يضرب على الرأس للحديث الشريف الوارد في هذا المقام للاتباع .

ثانياً : عدم إقامة الحد على الحامل سواء أكان الحد مهلكاً أم غير مهلك :

ومثلها المرضع والنفساء ، فيما هو ليس بمهلك ، إن وجد من يكفل وليدها أو رضيعها [3].

والأدلة على امتناع إقامة الحد على الحامل ما يلي :

١- قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾[4].

فالآية تدل على منع أخذ نفس بجريرة غيرها ، وفي إقامة الحد على الحامل والمرضع قتلٌ للأم بما فعلته ، وقتلٌ للطفل بما لم يفعله ، وهي تستحق القتل وجنينها لا يستحقه . والزيادة على ما هو واجب في الحدود يمنع إقامتها حتى تستوفى على وجهها وحدها الصحيح .

ولذا يجب القول بتأخير إقامة الحد حتى تضع ، أما تركها حتى يستغني عنها

---

(١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٦٠) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص١٠) .

(٣) انظر : (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٨٠) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٣٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق / ج٥ص١١) .

(٤) (سورة الأنعام ، آية رقم ١٦٤) .

ولدها ، فقد قاله العلماء خوفاً من ضياع حق الطفل في الرعاية ، وذلك في الوقت الذي هو أحوج ما يكون إليها ، فإن أقمنا الحد رغم ذلك ، فإننا نكون قد عاقبنا الرضيع بجناية أمه ، فيمنع ذلك . أما إذا استغنى عنها صار الإضرار به ضرراً محتملاً، فلا يتأخر الحد لأجله .

٢- قوله تعالى : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴾[١].

يقول صاحب المهذب : « وفي قتل الحامل إسراف في القتل ؛ لأنه يقتل من قتل ولم يقتل »[٢].

٣- ما رواه مسلم عن بريدة بن الحصيب ، « أن امرأة أتت النبي ﷺ وقالت : يا رسول الله ، طهّرني . قال : وما ذاك ؟ قالت إنها حبلى من الزنا . قال : أنت ؟ قالت : نعم . فقال لها : ارجعي حتى تضعي ما في بطنك . قال : فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت ، قال : فأتى النبي ﷺ فقال : قد وضعت الغامدية ، فقال : لا نرجمها وندع صغيراً ليس له من ترضعه، فقام رجل من الأنصار ، فقال : إليَّ إرضاعه يا نبي الله ، فرجمها »[٣].

٤- ما رواه ابن ماجه عن جملة من الصحابة أن النبي ﷺ قال : « المرأة إذا قتلت عمداً لا تقتل حتى تضع ما في بطنها إن كانت حاملاً ، وحتى تكفل ولدها ،

---

(١) (سورة الإسراء ، آية رقم ٣٣) .

(٢) (الشيرازي/ المهذب/ ج٢ص١٨٥) .

(٣) (مسلم/ الحدود/ باب فيمن اعترف على نفسه بالزنى/ ح١٦٩٥) (أبو داود/ الحدود/ باب المرأة التي أمر النبي ﷺ برجمها من جهينة/ ح٤٢٧٦) (النسائي/ الجنائز/ باب الصلاة على المرجوم/ ح١٩٥٧) (الترمذي/ الحدود/ باب الرجم على الثيب/ ح١٤٦٢) وقال الترمذي/ هذا حديث صحيح (أحمد/ عن بريدة بن الحصيب/ ح٢٢٤٣٣، ٢٢٤٤٠) (الدارمي/ الحدود/ باب الحامل إذا اعترفت بالزنا/ ح٢٣٢٤).

وإن زنت لم ترجم حتى تضع ما في بطنها وحتى تكفل ولدها »[1] .

٥- وروي أن عمر رضي الله عنه أمر بقتل امرأة بالزنا وهي حامل ، فقال معاذ بن جبل رضي الله عنه : « إن كان لك سبيل عليها فليس لك سبيل على ما في بطنها ، يعني حملها ، فترك عمر قتلها ، وقال : كاد النساء أن يعجزن أن يلدن مثلك يا معاذ » ، وروي عن علي رضي الله عنه مثله[2] .

والأدلة على ذلك كثيرة وعديدة .

وقد اتفق الجمهور على أن العقوبة إن كانت رجماً فلا يقام عليها حتى تسقيه اللّبأ[3] ؛ لأن الولد لا يعيش سليماً إلا به ، ثم إن كان له من يرضعه فيقام عليها الرجم ، وإلا تركت وأجلت حتى تفطم ابنها[4] .

ثالثاً : عدم إقامة الحد على المريض[5] :

فرق العلماء في الأحكام بين من يُرجى برؤه من المرض ومن لا يُرجى برؤه ، وفرقوا بين من عقوبته الحد المهلك ، ومن عقوبته حد غير مهلك ، وفرقوا بين من يثبت جرمه بالإقرار وبين من ثبت جرمه بالبينة .

وخلاصة ما يقال في هذا إن كل زيادة تحصل للمريض بسبب مرضه عن الحد

---

(١) (ابن ماجه/ الديات/ باب الحامل يجب عليها القود/ ح٢٦٩٤) (مالك/ العقول/ باب عقل الجنين وإذا قتلت المرأة رجلاً أو امرأة عمداً والتي قتلت حامل لم يقد منها حتى تضع حملها) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج٧ص ٢٨٠/ ح٧١٣٨) . وفي مصباح الزجاجة للكناني قال : « هذا إسناد فيه ابن أنعم وهو ضعيف ، وكذا الراوي عنه عبد الله بن لهيعة » . (الكناني/ مصباح الزجاجة/ ج٣ص١٣٨) .

(٢) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٧ص٤٤٣/ ح١٥٣٣٥) (سنن الدارقطني/ ج٣ص٣٢٢/ ح٢٨١) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص٥٤٣/ ح٢٨٨١٢) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٧ص٣٥٤/ ح١٣٤٥٤) .

(٣) اللبأ : هو الحليب الذي ينزل من الأم عقيب الولادة ، وهو غني بكل ما يغني الطفل عن طعام غيره . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١ص١٥١) .

(٤) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص٤٨) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٥ص٦٦١) (البهوتي/ شرح منتهى الإرادات/ ج٣ ص٢٧٤).

(٥) للمزيد انظر : (أسامة الفقير/ رسالة الظروف المخففة للعقوبة في الفقه الإسلامي/ ص١٠٩) .

الواجب في الحدود يمنع إقامتها ، على اختلاف بينهم فيما يزيد وما لا يزيد .

ومن ذلك : لو أن المريض كان يُرجى برؤه ، وكانت عقوبته القتل ، فهل يؤخر القتل حتى يشفى ؟ اتفق العلماء على أنه يقام إذا ثبت الجرم بالبينة [1] . أما إن ثبت بالإقرار فالجمهور على أنه يقام أيضاً [2]، وخالف بعض الشافعية [3] .

فالجمهور يرون أنه لا فائدة من التأخير ، مع أن هنا فائدة في التأخير الأول ذكرها الفريق الآخر ، وهي : أن فيه نوع تعذّر ، كما تعذّر النبي ﷺ لماعز بقوله : « لعلك لمست ، لعلك قبلت » [4]، فهو أمل بالرجوع منه .

والفائدة الثانية : أنه لو بدأنا بتنفيذ العقوبة عليه وأراد الرجوع ، وهو جائز له أن يرجع ، فإننا نكون قد بلغنا منه من الأذى ما قد يؤدي لقتله ، لأنه مريض ، فلا يتحقق بذلك الفائدة من رجوعه عن إقراره [5] .

والدليل على أن المريض يراعى حاله في إقامة الحد ، ما رواه أبو داود من أن رجلاً اشتكى حتى أضنى[6] ، فدخلت عليه امرأة ، فهش[7] لها فوقع بها ، فسئل له رسول الله ﷺ ، فأمر رسول الله ﷺ أن يأخذوا مائة شمراخ[8] من عثكال[9]

---

(١) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٣٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص١١) .

(٢) انظر : المرجعين السابقين .

(٣) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٣٣) .

(٤) سبق تخريجه . انظر ص٣٠٠ .

(٥) (أسامة الفقير/ الظروف المخففة للعقوبة في الفقه الإسلامي/ ص١١١) .

(٦) أضنى : أصابه الضنى ، وهو شدة المرض وسوء الحال حتى ينسل بدنه ويهزل . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٤ص٤٨٦) .

(٧) هش : من الهشاشة وهو الارتياح والخفة للمعروف، وهش : فرح واشتهى . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٦ص٣٦٥) .

(٨) الشمراخ : الغصن الدقيق من النخل الذي عليه البسر . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٣ص٣١) .

(٩) العثكال : العذق ، قطف التمر ، وتلفظ بالهمز فيقال : إثكال . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١١ ص١١) .

فيضربوه ضربة واحدة[1] .

وقد اتفق جمهور الفقهاء على أن المريض يضرب بحسب حاله ، واشترطوا في ضرب الشماريخ أن يضرب بها ولا يكفي أن توضع عليه ، وقالوا : إنها إن لم تمسه ولا انكبس بعضها على بعض لم يسقط الحد ، بل يقام عليه الممكن ويخلى سبيله[2] .

وقد أنكر المالكية جمع الشماريخ ؛ لأن الله تعالى يقول : ﴿ فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ ﴾[3]. وهذه جلدة واحدة[4].

والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور ؛ لأن الذي لا يرجى برؤه واقعٌ بين أمرين؛ إما أن يترك حدّه بالكلية وهذا ممنوع ، أو أن يقتل بما لا يوجب القتل وهذا ممنوع . فيؤتى الفعل على قدر الإمكان .

رابعاً : إذا اجتمعت حدود الله عز وجل ولم تتداخل يبدأ بأحدها[5]، ولا يوالى بينها بل يمهل[6] :

على خلاف بين العلماء فيما يبدأ به ، هل هو الأشد أم الأخف ، وهل يبدأ بما الحق الغالب فيه لله ، أم الحق الغالب لآدمي .

والسبب في عدم الموالاة هو أنه بعد الحد الأول يصبح ضعيف الحال والجسم كالمريض ، فربما يؤدي إقامة الحد الثاني إلى ما يزيد على مقدار الحد كالموت أو

---

(١) (أبو داود/ الحدود/ باب الحد على المريض/ ح٤٤٧٢) (ابن ماجه/ الحدود/ باب الكبير والمريض يجب عليه الحد/ ح٢٥٧٤) (أحمد/ عن سعيد بن سعد بن عبادة/ ح٢١٤٢٨) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ ص٢٣٠/ ح١٦٧٨٦) (السنن الكبرى للنسائي/ ج٤ ص٣١٣/ ح٧٣٠٩) (الطبراني/ المعجم الكبير/ ج٦ ص٦٣/ ح٥٥٢١) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٣٣) .

(٣) (سورة النور ، آية رقم ٢) .

(٤) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص٣٩٨) .

(٥) انظر : (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ ص٣٢٦) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٥٧) .

(٦) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٥٧) .

كعاهة أو تلف عضو وغيرها . فلذلك قالوا إنه يؤجل الحد الثاني حتى يبرأ من الأول .

فإن كان الحد واحداً ، فيوالي الضرب فيه بحيث يحصل بما يقام عليه من الحد الزجر والتنكيل ، فلا يفرق الحد على الأيام والساعات لعدم الإيلام والزجر[1].

فمن كانت عقوبته مائة جلدة، فلا يضرب كل يوم خمس جلدات أو كل ساعة جلدتين؛ لأن ذلك خالٍ من الزجر والإيلام ، وهذا يعني خلو الحد عن الفائدة منه .

أما إن ضرب في اليوم خمسين ضربة متوالية ، وفي اليوم الثاني خمسين جاز ، لحصول الإيلام والزجر بذلك[2].

خامساً : تجنب إقامة الحد في البر والحر الشديدين :

فإنه قد يزداد بسبب شدة الحر فيموت ، وليس المطلوب موته[3].

واستثنى الماوردي والروياني ما لو كان ببلاد لا ينفك حرها أو بردها ، فإنه لا يؤخر ، ومنعوا نقله إلى بلاد معتدلة ؛ لأن فيه تأخير حدٍّ ، ولخوف المشقة[4] .

سادساً : لا يمدّ في شيء من الحدود والتعزير[5] :

والمد له معانٍ وصورٌ متعددة ذكرها الفقهاء :

« أ - إما أن المراد به مد جسده بأن يرمى ويُلقى على الأرض .

ب - أو أن الجلاد يفصل عضده عن إبطه ، أو يمد يده فوق رأسه .

ج - أو أن السوط بعد أن يقع على بدن المجلود يسحبه على جسده »[6] .

---

(١) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٦١) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٣٣) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ص١٣٥) .

(٤) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٣٣) .

(٥) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧٢) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٤٣٦) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص١٤١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٢٦٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص١٠) .

(٦) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص١٠) .

وسبب منع ذلك على أية صفة كان ؛ أنه زيادة مبالغة لم يستحق عليه ذلك ، وربما يؤدي إلى التلف ، والتحرز عن ذلك واجب شرعاً في موضع لا يستحق الإتلاف شرعاً [1].

ونقل ابن قدامة اتفاق العلماء عليه ، ونقل قول ابن مسعود رضي الله-عنه : « ليس في ديننا مد ولا قيد ولا تجريد » [2]، وأن أصحاب رسول الله ﷺ جلدوا فلم ينقل عن أحد منهم مد ولا قيد ولا تجريد [3].

سابعاً : عدم الضرب في موضع واحد في الجلد :

وإنما يتعدد مكانه ؛ وذلك خوفاً من التلف ، سواء تلف النفس أو تلف العضو المضروب [4].

ونصّوا على أنه يكثر من الضرب في مواضع اللحم كالأليتين والفخذين [5].

ثامناً : حسم يد السارق بعد القطع :

وقد أمر به النبي ﷺ ؛ وذلك تحرزاً عن الإتلاف[6]، وهو لا يستحق التلف في البدن وإنما يستحق إتلاف العضو فقط .

---

(١) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧٢) .

(٢) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص١٤٢) .

(٣) المرجع السابق .

(٤) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٣١) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧٢) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص١٤١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٣٣-١٦٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٢٦٦) .

(٥) (ابن تيمية/ السياسة الشرعية/ ص١٥٧) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص١٤١) .

(٦) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧٢) .

تاسعاً : أن يختار الإمام رجلاً عدلاً لإقامة الحدود على أهلها ، عارفاً بوجوه ذلك :

لما لله تعالى في ذلك من حق ، فقد كان علي رضي الله عنه يقيم الحدود لأبي بكر وعمر رضي الله عنهما في خلافتهما ، وأن النبي ﷺ جعل إقامة الحد لعلي ولمحمد بن مسلمة رضي الله عنهما [(١)] .

واختيار مثل هذا العدل إنما هو احترازٌ من الزيادة في الحد أو العقوبة المحددة ، حتى وإن كانت تعزيراً ؛ لأنه لا يجوز الزيادة على ما حكم به الحاكم .

وأما إذا كانت العقوبة قصاصاً ، وأراد صاحب الحق في القصاص أن يستوفي بنفسه ، فاشترط العلماء أن يأمن من المستوفي عدم الزيادة على الحد المطلوب ، فإن لم يأمن فلا يجوز له الاستيفاء بنفسه ، وإن فعل وزاد على المطلوب كان ضامناً [(٢)] .

ومن هنا أجاز العلماء استيفاء القصاص بالنفس ؛ لأنه محدود مضبوط ، غايته معلومة ومقدور على استيفائها ، إذ لا مزيد على الموت . أما الجروح فمنع العلماء استيفاءها ؛ لأنه لا يضمن أن يعدل وأن لا يحيف ، وقالوا : إن الحيف لا يؤمن مع قصد التشفي [(٣)] .

يقول الإمام السيوطي في ذلك : « ما افترق فيه جناية النفس والأطراف : افترقا في أمور؛ الأول : لمستحق النفس الاستيفاء بنفسه دون مستحق الطرف ؛ لأنه قد يردد الحديدة فيزيد في الإيلام ، بخلاف إزهاق النفس ، فإنه مضبوط » [(٤)] .

---

(١) انظر : (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٤ ص٥٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص٢٦٦) (الزركشي/ خبايا الزوايا/ ص ٤٠٧) .

(٢) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص٢٨٦) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص٥٢٦) .

(٣) انظر : (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ ص٥٠) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٥ ص٥٣٧) (ابن قدامة/ المغني/ ج٨ ص٢٥٢، ٢٤٣) .

(٤) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص٥٢٦) .

ومنع العلماء كذلك خوفاً من الزيادة على المطلوب أو النقص منه ، تفويض إقامة الحدود والقصاص فيما دون النفس إلى عدو أو قرابة ؛ لأنه لا يؤمن معهما الحيف[1] .

عاشراً : أن يكون تنفيذ الجروح والقصاص تحت إشراف طبي ، يضمن عدم الزيادة عن الحد المستحق من العقوبة :

فقال الفقهاء : « وإذا اقتص للناس في جراحاتهم ، فيدعى طبيب رفيق يقتص لهم ، وأجرته على المقتص له »[2] .

حادي عشر : أن المرأة تختلف في الضرب عن الرجل :

فيكون ضربهن دون ضرب الرجال ، ويكون ذلك بسوط دون سوط الرجال[3] .

وسبب ذلك : أن الضرب المتوسط للمرأة يماثل الضرب الشديد للرجل لرقة جلدها وخشونة جلده ، ولو ماثلنا ضربهما كان الضرب الذي على المرأة أشد ، والحد واحد في حقهما ، فلا يزاد على أحدهما دون الآخر ، ومثلها الرجل المسن .

إلا أن بعض العلماء لم يأخذ بهذا المعنى ، فنصوا على أن ضرب الشاب والشيخ سواء في الإيجاع[4] .

---

(١) انظر (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ص١٩٨) .

(٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٢٦٦) .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٢٦٥) .

(٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٢٦٦، ٢٩٧) .

المطلب الثاني

الاتزان والاعتدال عند إقامة العقوبة

وقد تحدث الفقهاء عن هذا الاعتدال والاتزان من خلال عدة أحكام وهي :

أولاً : في الآلة :

بداية فقد اتفقوا على أن الضرب في الحدود الموجبة للجَلْدِ يكون بالسوط [(١)]، واختلفوا في حد الخمر ، فقال البعض إنه يجوز أن يكون بالثياب والنعال ، وسنأتي على ذلك بعد قليل .

فالسوط خاص بالحدود ، ولا يجوز أن يكون بالدرة ولا بالقضيب ولا الشراك[(٢)] .

فقد كان عمر رضي الله عنه يؤدب بالدرة، فإن جاءت الحدود دعا بالسوط[(٣)].

والسوط صفته أن يكون غير خَلِقٍ وغير جديد ، وأن يكون معتدل الحجم بين القضيب والعصا ، وأن يكون معتدل الرطوبة ، فلا يكون رطباً فيشق الجلد بثقله ، ولا شديد اليبوسة فلا يؤلم لخفته، وأن تكسر ثمرته، وثمرة السوط عقدة في طرفه[(٤)].

وقد روي أن رجلاً اعترف عند رسول الله ﷺ بالزنا ، فدعا له رسول الله ﷺ بسوط ، فأتي بسوط مكسور ، فقال فوق هذا ، فأتي بسوط جيد لم تكسر ثمرته ،

---

(١) (ابن دقيق العيد/ إحكام الأحكام/ ج٢ص٢٤٩) (ابن تيمية/ السياسة الشرعية/ ص١٥٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٢٦٦) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٤٣٥) .

(٢) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٤٣٥) .
والشِّراك : سير النعل . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٠ص٤٥١) .

(٣) (ابن تيمية/ السياسة الشرعية/ ص١٥٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٢٦٦) .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص١٠) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص١٤١) (ابن تيمية/ السياسة الشرعية/ ص١٥٧) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٢٦٥، ٢٦٦) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٦٠) .

فقال : بين هذين[1] .

أما في الخمر ، فكان الخلاف في التعامل مع الحديث الوارد فيه ، وهو حجة عند الطرفين، فقد أتي النبي ﷺ برجل[2] قد شرب ، فقال : « اضربوه ، قال : فمنا الضارب بيده ، والضارب بنعله ، والضارب بثوبه »[3] .

إلا أنه قد روي عن النبي ﷺ أنه قال : « من شرب الخمر فاجلدوه »[4] ، والجلد يفهم منه أنه بالسوط[5] .

والذي يرجح بينهما أن فعل الخلفاء الراشدين كان الجلد ، فقد جلدوا بالسياط ، وقد تتابع ذلك فيهم ، وقد صح أن النبي ﷺ جلد أربعين ، وجلد أبو بكر أربعين ، وجلد عمر ثمانين[6] .

وقد روي أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه جلد الوليد بن عقبة أربعين[7] .

وأن عمر رضي الله عنه جلد قدامة بن مظعون ، وقال عمر حين أراد جلده : « ائتوني بسوط ، فجاءه أسلم مولاه بسوط دقيق صغير ، فأخذه عمر فمسحه بيده ،

---

(١) (موطأ مالك/ الحدود/ باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا/ ح١٥٦٢) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٣٢٦ / ح١٧٣٥٢) (مصنف عبد الرزاق/ ج٧ص٣٦٩/ ح١٣٥١٥) .

(٢) الرجل : هو نعيمان الأنصاري ، وكان كثير المزاح ، وكان يضحك منه رسول الله ﷺ .

(٣) (البخاري/ الحدود/ باب الضرب بالجريد والنعال/ ح٦٧٧٧) (أبو داود/ الحدود/ باب الحد في الخمر/ ح٤٤٧٧) (أحمد/ عن أبي هريرة/ ح٧٩٢٦) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٣١٢/ ح١٧٢٧١) .

(٤) (الترمذي/ الحدود/ باب ما جاء من شرب الخمر فاجلدوه ومن عاد في الرابعة فاقتلوه/ ح١٤٤٤) (أبو داود/ الحدود/ باب إذا تتابع في شرب الخمر/ ح٤٤٨٢) (ابن ماجه/ الحدود/ باب من شرب الخمر مراراً/ ح٢٥٧٣) (أحمد/ عن معاوية بن أبي سفيان/ ح١٦٤٠٥، ١٦٤١٧، ١٦٤٢٧، ١٦٤٨٠) .

(٥) انظر : (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص١٤٢) .

(٦) (مسلم/ الحدود/ باب حد الخمر/ ح١٧٠٦، ١٧٠٧) (أبو داود/ الحدود/ باب الحد في الخمر/ ح٤٤٧٩، ٤٤٨٠) (أحمد/ عن أنس بن مالك/ ح١١٧٢٩، ١٣٧١، ١٣٤٦٨) (ابن ماجه/ الحدود/ باب حد السكران/ ح٢٥٧١) .

(٧) (مسلم/ الحدود/ باب حد الخمر/ ح١٧٠٧) (أبو داود/ الحدود/ باب الحد في الخمر/ ح٤٤٨٠) (أحمد/ عن علي رضي الله عنه/ ح٦٢٥، ١١٨٨، ١٢٣٤) (ابن ماجه/ الحدود/ باب حد السكران/ ح٢٥٧١) (الدارمي/ الحدود/ باب في حد الخمر/ ح٢٣١٢) .

ثم قال لأسلم : أنا أحدثك أنك ذكرت قرابته لأهلك ، ائتني بسوط غير هذا ، فأتاه به تاماً ، فأمر عمر بقدامة فجلد »[1].

وأما حديث أبي هريرة في الضرب بالثياب والنعال ، فكان في بادئ الأمر ، ثم جلَد النبي ﷺ واستقرت الأمور[2] .

ومن الاعتدال والتوسط في الآلة : الحجارة التي يرمى بها المرجوم ، فقال الفقهاء : أن تكون متوسطة لا صغيرة ولا كبيرة ، فإذا أمر الإمام بالرجم تعين الرجم بالأحجار المعتادة ، فلا يجوز بالصخور ولا بالحصيات الصغار [3].

وقالوا في صفتها : أن تكون ملء الكف[4] .

ومنعهم الحجارة الصغيرة يقصد به أن يفعل ذلك طوال الرجم ، فلو تناول الإمام حصاة ليبدأ غيره بالرمي جاز ، ويكون فعله كرمز للبداية ، وقد فعله النبي ﷺ مع ماعز [5].

وهل يقتصر في الرجم على الحجارة أم يجوز إزهاق روحه بما سوى ذلك ؟

الراجح عند الفقهاء أنه لا يعدل بالحجارة أي شيء ؛ لأن القصد هو التنكيل به بالرجم[6] .

أما إن كانت عقوبته القتل تعزيراً ، فإنه يقتل بما يَقْتُل ؛ لأن القصد قتله ، ويجوز بأي وسيلة .

أما في القصاص فالصحيح أنه يشترط فيه المماثلة ، فإن كان بالسيف فبه ، وإن

---

(١) (سنن البيهقي الكبرى/ج٨ص٣١٥/ح١٧٢٩٣) (مصنف عبد الرزاق/ج٩ص٢٤٠/ح١٧٠٧٥، ١٧٠٧٦) (ابن سعد/ الطبقات الكبرى/ج٥ص٥٦١) .

(٢) (ابن قدامة/ المغني/ج٩ص١٤٢) .

(٣) انظر : (العز/ قواعد الأحكام/ج٢ص١٣٥) (المواق/ التاج والإكليل/ج٨ص٣٩٥) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج ٤ص١٣٣) .

(٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٣٣) .

(٥) سبق تخريجه . انظر ص٣٠٠ .

(٦) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٣٣) .

كان بإطلاق النار فبه . فإن تعذّر ، فيكون بكل ما يؤدي إلى موته .

وقد أخذت التشريعات الإجرائية الجزائية في بعض الدول الإسلامية بذلك[1] .

ثانياً : الاعتدال في ثياب من يقام عليه العقوبة إن كانت جلداً[2] :

فلا يكون ثوبه ثخيناً ولا رقيقاً صفيقاً ، ويمنع تجريده من باب أولى .

فالثوب الثخين يجعل العقوبة كأن لم تكن ، والصفيق يجعل العقوبة كأنها تتضاعف ، وقال العلماء : لو تركت عليه ثياب الشتاء ما بالى بالضرب[3] .

وقال الإمام العز عن الجلد: « وإن كان أصل الوضع يدل على ذلك، فإن معنى جلده ضرب جلده ، إلا أنه صار بعرف الاستعمال محمولاً على الحائل ، ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ ﴾[4]، مع انعقاد الإجماع على أن المرأة لا تتجرد ، فيستعمل اللفظ فيهما استعمالاً واحداً، فكأنه قيل فاضربوا جلد كل واحد منهما فوق ثوبه »[5] .

وخالف المالكية وقالوا : إن الرجل يجرد من ثيابه ؛ لأن الأمر بجلده يقتضي مباشرة جسمه[6] .

وعند الحنفية أن سائر الحدود تقام في إزار[7] ، إلا القذف فيقام عليه ثيابه ، إلا أن يكون حشواً أو فرواً[8] .

---

(١) انظر : (عبد القادر عودة/ التشريع الجنائي الإسلامي/ ج٢ص١٥٤) (حسن حمادي/ قضاء الحدود والقصاص والدية/ ص٤٧٥) .

(٢) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧٢) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص١٤٢) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ص١٣٥) (ابن تيمية/ السياسة الشرعية/ ص١٥٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص١٠) .

(٣) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص١٤٢) .

(٤) (سورة النور ، آية رقم ٢) .

(٥) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ص١٣٥) .

(٦) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٤٣٥) .

(٧) الإزار : الملحفة تغطي الحقوين فما دونهما . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٤ص١٦) .

(٨) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص١٠) .

وعن محمد بن الحسن : أن حد الشرب مثل حد القذف؛ لقول علي : « إذا شرب هذى، وإذا هذى افترى »[1].

وسبب ذلك عندهم : أن حد القذف أخف من جميع الحدود والذنوب الأخرى ، لاحتمال صدق ما أخبر به مع عدم شهود ثلاثة على قوله ، فيقام عليه مع صدقه[2] .

ثالثاً : الاتزان بتوزيع الضربات على كل البدن :

وقالوا : إن الذي يقيم الحد يعطي كل عضو حظه من الضرب ، مع مراعاة ما ذكرناه من الابتعاد عن الرأس والوجه والمذاكير ، وهذه هو رأي الجمهور[3].

وخالف مالك فقال : لا يضرب إلا الظهر فقط . وقال غيره من المالكية : الظهر والكتفين دون غيرهما[4] .

ودليل الجمهور :

١- قول علي رضي الله عنه : « لكل موضع في الجسد حظ -يعني في الحد- إلا الوجه والفرج »[5].

٢- لأنه قد نال اللذة في كل عضو ، فلا بد أن يذوقه ألماً ، إلا ما فيه تلف[6].

٣- الخوف من التلف حالة الضرب على عضو واحد[7].

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص٣٧٢ .

(٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧١) .

(٣) انظر : (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص١٤١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٢٦٦) (ابن تيمية/ السياسة الشرعية/ ص١٥٧) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧١) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٣٣، ١٦٠) (ابن نجيم / البحر الرائق/ ج ٥ص١٠) .

(٤) انظر : (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٤٣٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٢٦٥) .

(٥) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٦٠) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص١٤١) .

(٦) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧٢) .

(٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص١٠) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧٢) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٢٦٦) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٣٣) .

وهذا هو الأولى في نظري ؛ لأن المقصود بالحد الإيلام دون إتلاف ، وفي طريقة الجمهور يمكن تحصيل ذلك على أتم صورة ولو احتمالاً . أما على طريقة المالكية فتزيد احتمالية التلف، فيعدل عنها إلى غيرها .

رابعاً : الاعتدال في الضرب[1] :

فلا يرفع اليد فيكون شديداً ، ولا يخفضها فيكون خفيفاً .

وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: « ضرب بين ضربين وسوط بين سوطين »[2]، فقالوا : الضرب يكون وسطاً لا شديداً فيقتل ولا ضعيفاً فلا يردع [3].

فلا يرفع باعه كل الرفع ولا يحطه فلا يؤلم ، ونصوا على أنه لا يبدي إبطه في شيء من الحدود[4] .

ويقول الإمام العز : « إذن الإمام للجلاد في جلد الحدود والتعزيرات فإنه يحمل على حزب بين حزبين لسقوط بين سقوطين في زمن بين زمانين » [5] .

والناظر في كتب المالكية يرى أنهم خالفوا الجمهور ، فقد روي عن الإمام مالك قوله : « أنه يرفع يده بالسوط ، وأن يضرب الضرب الوجيع » [6].

وروى ابن حبيب بسنده عن إبراهيم بن سعد عن أبيه عن جده قال : لما جلد أبو بكرة أمرت أمه بشاة فذبحت ، ثم جعلت جلدها على ظهره ، قال إبراهيم : فكان أبي يقول : ما ذاك إلا من ضرب شديد ، قال : وكان أبي يرى أن ضرب الحد

---

(١) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٦٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٢٦٦) (ابن تيمية / السياسة الشرعية/ ص١٥٧) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص١٤٢) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ ص١٣٥) .

(٢) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ص١٣٥) .

(٣) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٦٠) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص١٤٢) .

(٤) انظر : المرجعين السابقين .

(٥) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ص١٣٥) .

(٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٢٦٥) .

شديد[1] .

إلا أن قولهم إن الضرب يكون شديداً لا يفهم منه أنه يكون مبرحاً . فإذا انتفى قولهم هذا كانوا مع الجمهور ؛ لأن الجمهور يرون أنه دون المبرح .

ويقول صاحب التاج والإكليل عن الضرب: « ويكون متوسطاً لا بالمبرح ولا بالخفيف »[2].

خامساً : الاتزان فيمن ينفذ الحد :

فلا يتولى ضرب الحد القوي ولا الضعيف ، ولكن يكون متوسطاً بين الرجال[3] ، حتى لا ينقص أو يزيد عن المطلوب نظراً لقوته أو ضعفه .

سادساً : التوسط والاعتدال في القرب والبعد من المرجوم :

فقالوا : بأن يكون موقف الرامي منه بحيث لا يبعد عنه فيخطئه ولا يدنوا منه فيؤلمه[4] .

المطلب الثالث

الحفاظ على الحرمات

وهذا مما يجب النظر إليه والاحتياط فيه ، ويعتبر هذا من أصول تنفيذ الأحكام الجزائية ، وذكر العلماء لذلك جملة من الأحكام .

أولاً : الحفر للمرأة في الرجم :

اختلف العلماء في الحفر للمرأة في الرجم ، فبينما يرى فريق أنه مندوب إليه ،

---

(١) المرجع السابق .

(٢) (المواق/ التاج والإكليل/ج٨ص٤٣٤) .

(٣) (المواق/ التاج والإكليل/ج٨ص٤٣٥) .

(٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ج٤ص١٣٣) .

وأنّ تركه لا يضر ، يرى فريق آخر أنه ليس بمندوب ، فنصوا على أنه لا يحفر لها ، وفريق ثالث يرى أنه يفرق بين البينة والإقرار .

والفريق الأول هم الحنفية والمالكية والشافعية وقول عند الحنابلة[1] .

فقالوا : إن مبنى المرأة على الستر ، والحفر أستر لها ؛ لأنها تضطرب إذا مستها الحجارة فربما ينكشف شيء من عورتها ، ومع هذا فإن الحفر ليس من الحد في شيء فلا يضر تركه [2].

واستدلوا أن النبي ﷺ لما أمر برجم الغامدية أمر بأن يحفر لها إلى قريب من السرة أو إلى ثندوتها[3] ، فجعلت فيها ، فلما رجموها وماتت أمر بإخراجها وصلى عليها[4] .

وأن علياً رضي الله عنه حفر لشراحة الهمذانية إلى قريب من السرة ثم لفها في ثيابها ، وجعلها فيها ثم رماها ، وكان مصيب الرمية ، فأصاب أصل أذنها[5] .

والفريق الثاني وهو ظاهر قول الإمام أحمد أنه لا يحفر لها لعدم النص[6] .

والفريق الثالث وهو الراجح عند الحنابلة أنه يفرق بين من ثبتت جنايته بإقرار أو بينة ، فإن كان بإقرار لم يحفر ، وإن كان ببينة فيحفر لها إلى الصدر[7]. ذلك أن المقر

---

(١) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٥٢، ٧٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص١٠) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ ص٤٠) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٦١) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٤٣٥) .

(٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٥٢) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص٤٠) .

(٣) الثندوة : هي اللحم الذي حول الثدي ، والثندوة للرجل بمنزلة الثدي للمرأة ، وهي مغرز الثدي . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١ص٤١) .

(٤) (مسلم/ الحدود/ باب من اعترف على نفسه بالزنى/ ح١٦٩٥) (أبو داود/ الحدود/ باب المرأة التي أمر النبي برجمها / ح٤٤٤٢) (أحمد/ عن بريدة بن الحصيب/ ح٢٢٤٤٠/ عن نفيع بن الحارث/ ح١٩٨٦٥، ١٩٩٢٣) (الدارمي / الحدود/ باب الحامل إذا اعترفت بالزنا/ ح٢٣٢٤) .

(٥) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٥٢) .

(٦) انظر : (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص٤٠) .

(٧) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص٤٠) .

يسمح له بالرجوع ، والهرب منه رجوع فيوقف الحد عنه ، بخلاف البينة[1] .

وقالوا : إن النبي ﷺ لم يحفر للجهنية ولا لماعز ولا لليهوديين ، أما الغامدية فإنها بإقرارها . وهذا ليس محل الخلاف[2] .

أما الحفر للرجل ، فباتفاق أنه لا يحفر له ولا يربط بشيء ولا يمسك ، ولكن ينصب قائماً للناس فيرجم[3] .

والدليل عليه ما قاله أبو سعيد الخدري رضي الله عنه إذ يقول في حادثة ماعز: لما أمر رسول الله ﷺ برجم ماعز خرجنا به إلى البقيع ، فوالله ما حفرنا له ولا أوثقناه، ولكنه قام لنا[4] . قال العلماء : إن ماعزاً هرب ، ولو كان محفوراً له لما أمكنه ذلك[5] .

وقال بعض العلماء إن الحفر له ودفنه هو نوع عقوبة ، فوجب أن لا تثبت[6].

وهذا استدلال غير مستقيم مع الأحاديث التي دلت على الحفر للغامدية ، فلم يكن الحفر عقوبة ولا هو بقصد مزيد من الألم ، بل لأغراض أخرى كالستر .

ثانياً : لا تجرد المرأة لإقامة الحد والتعزير عليها :

لأنها عورة مستورة ، وكشف العورة حرام ، فيترك عليها ما يواريها ولا

---

(١) المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق .

(٣) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ج٥ص١٠) (السرخسي/ المبسوط/ج٩ص٥٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب /ج٤ ص١٦١) (ابن قدامة/ المغني/ج٩ص٤٠، ١٤١) (المواق/ التاج والإكليل/ج٨ ص٤٣٥) .

(٤) (مسلم/ الحدود/ باب من اعترف على نفسه بالزنى/ ح١٦٩٤) (أبو داود/ الحدود/ باب رجم ماعز بن مالك/ ح ٤٤٣١) (أحمد/ عن أبي سعيد الخدري/ ح١١١٩٥) (الدارمي/ الحدود/ باب الحفر لمن يراد رجمه/ ح٢٣١٩) .

(٥) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٥٢) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص٤٠، ١٤١) .

(٦) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص٤٠) .

يصفها ولا يحجبها من الضرب[1] .

وأنه ينزع عنها الحشو والفرو ليخلص الألم إلى بدنها ، ولأن ستر العورة يحصل بالملبوس عادة فلا حاجة إلى بقاء الحشو والفرو عليها[2] .

وهم بهذا وازنوا بين مزيد من الستر بالحشو والفرو ، وهو مندوب ، وبين إقامة الحد وضرورة الإيلام ، وحكمه الوجوب ، فقدم الواجب على المندوب .

ثالثاً : إن كان العقاب جلداً فتضرب المرأة وهي قاعدة كأستر ما يكون[3] :

وهذا باتفاق الفقهاء ، ولم يخالف سوى ابن أبي ليلى ، فروي أنه كان يضرب المرأة الحد وهي قائمة كالرجل[4] .

واستدل الجمهور بقول عمر رضي الله عنه حيث قال : « يضرب الرجل قائماً، والمرأة قاعدة » [5].

وقالوا : إن مبنى حال الرجل على الانكشاف والظهور، ومبنى حال المرأة على الستر[6].

واختلف في الرجل هل يقام أم أنه يقعد ؟

فعند الجمهور كذلك يضرب قائماً ، وخالف مالك وقال جالساً ؛ لأن الله

---

(١) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص١٠) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٤٣٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٨٣) .

(٢) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٨٣) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص ٤٣٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص١٠) .

(٣) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧٣) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص١٤١، ١٤٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب / ج٤ ص١٦١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص١٠) .

(٤) انظر : (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧٣) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص١٤٣) .

(٥) الصحيح أنه عن علي رضي الله عنه. (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٣٢٧/ ح١٧٣٦٠)، والأثر ضعيف الإسناد كما ذكر ابن حجر . (ابن حجر/ الدراية في تخريج أحاديث الهداية/ ج٢ص٩٨) .

(٦) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧٣) .

تعالى لم يأمر بالقيام ، وأنه مجلود في حدٍّ فأشبه المرأة[1] .

ومجمل الأدلة في هذا الباب مع الجمهور ، فإن رواية أبي سعيد الخدري عن رجم ماعز أثبتت أنه كان قائماً[2] ، وكذلك الآثار الواردة عن الصحابة تدل على ذلك ، وسبق ذكرها .

رابعاً : شد ثياب المرأة عليها في الرجم كي لا تنكشف[3] :

فإن ذلك أستر لها[4] ، وأن الخنثى كالمرأة في ذلك[5] .

وروى أبو داود عن عمران بن حصين قال: « فأمر بها النبي ﷺ فشدت عليها ثيابها »[6].

المطلب الرابع
تناسب الشدة في التنفيذ مع الجريمة

يرى بعض العلماء أن شدة الجلد والضرب في الحدود تختلف من حد إلى حد، وتختلف عن التعزير ، في حين أن المالكية والشافعية لا يرون ذلك ، وقرروا في كتبهم أن الحد صفته واحدة في جميع الحدود ؛ يقول المالكية : صفة الضرب في الزنا والشرب والفرية والتعزير واحدٌ، ضرب بين ضربين ليس بالمبرح ولا بالخفيف[7] .

---

(١) (عليش/ منح الجليل/ ج٩ص٣٥٤) .

(٢) انظر رواية أبي سعيد ص٦٠٥ .

(٣) انظر : (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص٤٠) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٨٣) .

(٤) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص٤٠) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٦١) .

(٥) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٦١) .

(٦) وفي رواية : « فشكت عليها ثيابها » (مسلم/ الحدود/ باب من اعترف على نفسه بالزنى/ ح١٦٩٦) (النسائي/ الجنائز/ باب الصلاة على المرجوم/ ح١٩٥٧) (الترمذي/ الحدود/ باب تربص الرجم بالحبلى حتى تضع/ ح١٤٣٥) (أبو داود/ الحدود/ باب المرأة التي أمر النبي ﷺ برجمها/ ح٤٤٤٠) (ابن ماجه/ الحدود/ باب الرجم/ ح٢٥٥٥) (أحمد/ عن عمران بن حصين/ ح١٩٣٦٠، ١٩٤٠٢، ١٩٤٢٤) .

(٧) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٤٣٥) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٨ص١٠٩) (الصاوي/ حاشية الصاوي/ ج٤ص٥٠٢) .

ويقول الشافعية في صفة الحدود : « وتستوي في ذلك الحدود كلها »[1].

إلا أن الحنفية والحنابلة خالفوا وقالوا : إن لكل عقوبة درجة من الشدة .

فعند الحنفية : إن التعزير ضربه أشد من ضرب الزنا ، والزنا أشد من شرب الخمر ، والخمر أشد من القذف[2] .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

١- أن التعزير مقصوده الزجر ، وقد دخله التخفيف من حيث نقصان العدد ، فإن قلنا بتخفيف الضرب فات المقصود[3] .

٢- أن حد الزنا يتلى في القرآن ، وقد سماه الله تعالى عذاباً بقوله تعالى : ﴿ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾[4]، وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِى دِينِ ٱللَّهِ ﴾[5]، وحد الشرب لا يتلى في القرآن[6] .

٣- أن دعاء الطبع إلى الزنا عند غلبة الشبق أكثر منه إلى الشرب[7] ، فناسب تشديد العقوبة حتى يكون أكثر زجراً عن ارتكاب المحرم .

٤- أما أن حد الشارب أشد من القاذف ؛ فلأن جريمة الشارب متيقن بها ، بخلاف جريمة القاذف ، فالقذف خبر محتمل بين الصدق والكذب ، وقد يعجز عن إقامة أربعة شهداء مع صدقه ، فكان حد القذف أخف من حد الشرب[8] .

أما الحنابلة فقالوا : إن أشد الضرب الزنا ، ثم القذف ، ثم الشرب ، ثم

---

(١) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٣ص٣٣٤) .

(٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٣٣) .

(٣) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧١) .

(٤) (سورة النور ، آية رقم ٢) .

(٥) (سورة النور ، آية رقم ٢) .

(٦) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧١) .

(٧) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧١-٧٢) .

(٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٣٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧٢) .

التعزير[1] .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

١- أن الله تعالى خص الزاني بمزيد تأكيد بقوله سبحانه : ﴿ وَلَا تَأۡخُذۡكُم بِهِمَا رَأۡفَةٞ فِي دِينِ ٱللَّهِ ﴾[2]، فاقتضى ذلك مزيد تأكيد فيه ، ولا يمكن ذلك في العدد ، فتعين جعله في الصفة[3] .

٢- أن ما دون حد الزنا أخف منه عدداً ، فلا يجوز أن يزيد عليه في إيلامه ووجعه ؛ لأنه يفضي إلى التسوية بينهما أو زيادة القليل على الكثير[4] .

وبالنظر إلى أدلة الفريقين يمكن القول إنه لا يوجد نص شرعي يفرّق في شدة الضرب بين حدٍّ وحدٍّ ، بل إن النصوص تجمع عند الحديث عن الجلد والضرب بين كل أنواع العقوبات، سواء أكانت من الحدود أم من التعزير .

ودليل ذلك ما يلي :

١- ما أخرجه البخاري عن أبي بردة رضي الله عنه قال : كان النبي ﷺ يقول: « لا يجلد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله »[5].

فالحديث ذكر جلداً واحداً وعقوبتين ، وهما ما يكون حداً وما لا يكون ، وفرّق بينهما في العدد ، ولم يفرق بينهما في الصفة . وهذا فيه إشارة إلى أن الجلد في العقوبات المختلفة واحد، وإنما التفاوت في العدد .

ومما يؤكد على أن الجلد في العقوبة واحد ، أن النبي ﷺ وصف جلد العقوبة

---

(١) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص١٤٣) .

(٢) (سورة النور ، آية رقم ٢) .

(٣) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص١٤٣) .

(٤) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص١٤٣) .

(٥) (البخاري/ الحدود/ باب كم التعزير والأدب/ ح٦٨٤٨) (مسلم/ الحدود/ باب قدر أسواط التعزير/ ح١٧٠٨) (الترمذي/ الحدود/ باب ما جاء في التعزير/ ح١٤٦٣) (أبو داود/ الحدود/ باب في التعزير/ ح٤٤٩١) (ابن ماجه/ الحدود/ باب في التعزير/ ح٢٦٠١) (أحمد/ عن أبي بردة/ ح١٥٤٠٥، ١٦٠٥١) (الدارمي/ الحدود/ باب التعزير في الذنوب/ ح٢٣١٤) .

بوصف واحد ، فقال : « فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع ، وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة وجلدات نكال »[1]. وفي رواية أحمد : « فيها ثمنها مرتين وضرب نكال » .

وهذا يدل على أن ضرب العقوبة يسمى باسم واحد ، إما جلد النكال ، وإما ضرب النكال .

وإذا قرأنا قوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾[2]، علمنا أن كل أنواع العقوبات توصف بالنكال، سواء أكانت حداً كالسرقة ، أم تعزيراً كما ورد في الحديث الشريف . وما دامت العقوبة جلداً في الحالين ، فبقي التفوات في العدد .

ثم إن في حد الجلد –حتى عند القول بعدم تدرج شدة التنفيذ– تفاوتاً بين جلاد وجلاد ومجلود ومجلود . وقد حاول الفقهاء ضبط ذلك ليكون متساوياً بين المحدودين قدر الإمكان .

فإذا قلنا بتدرج الشدة بين عقوبة وأخرى ، زاد التفاوت وصعب الضبط .

أما أدلة الحنفية والحنابلة ، فالرد عليها بما يلي :

أن المساواة في شدة التعزير مع الحد لا يعني زيادة التعزير على الحد من حيث النتيجة ، ولا حتى مساواة التعزير للحدود ؛ لأن نقصان العدد يبقى هو الفاصل بينهما ، ويبقى مع ذلك الزجر موجوداً في الحد وفي التعزير .

---

(١) (النسائي/ قطع السارق/ باب الثمر يسرق بعد أن يؤويه الجرين/ ح٤٩٥٩، واللفظ له) (أبو داود/ الحدود/ باب ما لا قطع فيه/ ح٤٣٩٠) (الترمذي/ البيوع/ باب ما جاء في الرخصة في أكل الثمرة للمار بها/ ح١٢٨٩، وقال حديث حسن) (ابن ماجه/ الحدود/ باب من سرق من الحرز/ ح٢٥٩٦) (أحمد/ عن عبد الله بن عمرو بن العاص/ ح ٦٦٤٥، ٦٧٠٧، ٦٨٥٢، ٦٨٩٧) .

والجرين : موضع يجمع فيه التمر ويجفف . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٣ص٨٧) .

والمجن : الدرع الواقي للمقاتل وكان ثمنه ربع دينار . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١٣ص٤٠٠) .

النكال : العقوبة . (ابن منظور/ لسان العرب/ ج١١ص٦٧٧) .

(٢) (سورة المائدة ، آية رقم ٣٨) .

أما اتفاقهما على أن الزنا أشد من غيره لمزيد تأكيد الله تعالى على عقوبته ، فإن بقية العقوبات تحصل لها من التأكيد على عقوبتها ما يماثل الزنا ؛ فقد قال تعالى في حق السارق : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾(1).

فقد أثبت سبحانه وتعالى صفة النكال ، ولم يثبتها إلا في السرقة .

وفي القاذف قال تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴾(2).

ويقول سبحانه وتعالى : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْغَٰفِلَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ لُعِنُواْ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾(3).

فقد وصفه الله تعالى بأوصاف لم يوصف بها غيره من أهل العقوبات ، دلالة على بشاعة فعله وسوء جريمته ، وليس في وصف الزنى هذا الوصف ، دلالة على تشديد العقوبة عليه دون غيره .

وليس السبيل إلى إثبات وصف في عقوبة محددة إلا بنص ، والنص مفقود ، فبقيت العقوبة على حالها . وإذا أردنا الأخذ بالمعقول ، فإن معقول الحنفية مشابه لمعقول الحنابلة ، وتساوي أدلتهما دليل على أن العقوبات متساوية في الشدة ، فما يحتج به الحنفية يقابله ما يستدل به الحنابلة ، والعكس صحيح كذلك .

---

(1) (سورة المائدة ، آية رقم ٣٨) .

(2) (سورة النور ، آية رقم ٤) .

(3) (سورة النور ، آية رقم ٢٣) .

المطلب الخامس
أن يكون التنفيذ مشهوداً

والشهود إما أن يكون الإمام أو القاضي الذي حكم على المحكوم عليه ، وإما أن يكون حضور الشهود الذين شهدوا على المحكوم عليه ، وإما أن يكون حضور عامة الناس تنفيذ العقوبة ، وتقسيمها كالتالي :

١- حضور الإمام أو القاضي :

اشترط الحنفية حضور الحاكم وقالوا : « لا يجوز إلا بحضور من حكم برجمه ، وذلك لينكشف للناس أنه لم يقصر في أمر القضاء بأن لم يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد ، فإذا امتنع حينئذ ظهرت أمارات الرجوع »[١] . وهذا القول من الحنفية خاص بالرجم .

أما في الحدود في اشتراط الحضور في الرجم متحققة في بقية العقوبات ، وذلك ليظهر للناس أنه لم يقصر في قضائه ، إلا أنهم يجعلون للرجم صفة خاصة ؛ لأن فيه إزهاق للنفس ، بخلاف سائر العقوبات[٢] .

وأجاز الشافعية عدم حضور من حكم عليه ، ومثل قولهم قول الحنابلة ، إلا أنهم اتفقوا على أنه مندوب[٣] . واستدلوا بأن النبي ﷺ قال : « واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها »[٤] .

وأن علياً رضي الله عنه قال : « الرجم رجمان ، فما كان منه بإقرار فأول من يرجم الإمام ثم الناس ، وما كان ببينة فأول من يرجم البينة ثم الناس »[٥] .

---

(١) (الكاساني/بدائع الصنائع/ج٧ص٥٧) (ابن نجيم/البحر الرائق/ج٥ص٩) .

(٢) انظر : المرجعين السابقين .

(٣) (الماوردي/الأحكام السلطانية/ص٢٨٠) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ج٤ص٥٣) (ابن قدامة/المغني/ ج٩ص٤٠) .

(٤) سبق تخريجه . انظر ص١١٥ .

(٥) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص٤٠) .

وأنكر المالكية حضور الإمام والشهود ، وقال مالك : مذ أقامت الأئمة الحدود فلم نعلم أحداً منهم تولى ذلك بنفسه ولا ألزم ذلك البينة[1] .

والذي أراه أنه يحضر ، إما بنفسه أو بمن ينيبه ، وخصوصاً في عقوبة الرجم والقتل قصاصاً؛ ليشرف بنفسه على تنفيذ ذلك ، وقد فعل النبي ﷺ ذلك عند رجم الغامدية ، فابتدأ رجمها بحصاة كالحمصة ورماها بها ، وقال للناس : « ارموها واتقوا الوجه »[2]، فدل على أن النبي ﷺ حاضرٌ وقت التنفيذ ، وقد وجه الحضور لكيفية التنفيذ .

فالعقوبة وإن كانت مهلكة ، إلا أن لتنفيذها طرقاً وأصولاً شرعية حرصت الشريعة على تحديدها وتوضيحها .

٢- حضور الشهود :

اشترط الحنفية وبعض الشافعية حضور الشهود تنفيذ الحد [3].

والشهود هنا هم الذين شهدوا على المحدود أو المحكوم عليه ، واشترطوا أن يكونوا أول من يرجمه إن كان رجماً ، وقالوا : إنه على وجه الشرط ولو بحصاة صغيرة ، كما روي عن علي ابن أبي طالب رضي الله عنه[4] .

وسبب ذلك أن الشاهد قد يتجاسر على الأداء ثم يستعظم المباشرة ، فيرجع ، فكان في بدايته احتيالاً للدرء[5] .

وهذا من نظرة الحنفية الموسعة إلى درء الحدود بالشبهات .

وأجاز الشافعية والحنابلة عدم حضور الشهود ، وقال الحنابلة : إن السنة أن

---

(١) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٣٩٧) .

(٢) سبق تخريجه . انظر ص٥٦١ .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ج٥ص٨، ٥٧) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٢٨٠) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٣٣) .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٨) .

(٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٨) .

يحضر الشهود ، إلا أن الحضور ليس بشرط[1] .

وقالوا : إن فعل ذلك أبعد لهم من التهمة من الكذب عليه[2] .

وأنكر المالكية بداءة البينة والشهود[3] ، كما هو الحال في حضور الحاكم .

٣- حضور عموم الناس إقامة العقوبات :

يقول تعالى : ﴿ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾[4] .

فقد اتفق الفقهاء على الأخذ بهذه الآية، سواء في الرجم أم في بقية الحدود[5] .

واختلفوا في فهم الأمر الوارد فيها .

فقال الحنفية والشافعية : إنه للاستحباب[6] .

وقال المالكية والحنابلة : إنه للوجوب[7] .

واختلفوا أيضاً في العدد بناء على تفسير كلمة « طائفة » الواردة في الآية ؛ فمنهم من قال: رجل واحد أو رجلان فصاعداً أو ثلاثة فصاعداً أو أربعة ، بحسب عدد الشهود في الزنا ، أو عشرة رجال .

وقال بعض المحققين : الطائفة جماعة يستفيض الخبر بها ويشيع فيرتدع الناس

---

(١) (الماوردي/الأحكام السلطانية/ ص٢٨٠) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص٤٠) .

(٢) (ابن قدامة/المغني/ج٩ص٤٠) .

(٣) (المواق/ التاج والإكليل/ج٨ص٣٩٥) .

(٤) (سورة النور ، آية رقم ٢) .

(٥) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ج٥ص٩، ١٠) (الشافعي/ الأم/ ج٥ص١٣٨) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص٤٠، ٤٩) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ج٤ص١٣٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ ص١٨٣، ٢٦٥) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص٢٩٥) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٥ ص٤٥٥) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ ص٥٩) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٢ص١٤٦) .

(٦) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٩) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٢ص١٤٦) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٥ص٤٥٥) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٣٣) .

(٧) انظر : (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص٢٩٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٢٦٥) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص٤٦) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ص٥٩) .

عن مثله ؛ لأن الحدود موضوعة للزجر والردع[1] .

واختلفوا كذلك في كيفية الحضور في الرجم ، فمنهم من قال : إن السنة أن يدور الناس حول المرجوم[2] ، ومنهم من قال أن يصطف الناس للرجم كصفوف الصلاة ، وكلما رجم قوم تأخروا وتقدم غيرهم فرجموا[3] .

وذكروا أنه يرجم في الفضاء ، لحديث البخاري : « أن ماعزاً رجم بالمصلى » [4] ، وفي مسلم : « فانطلقنا به إلى بقيع الغرقد » [5] . والمصلى كان به ، وهو مصلى الجنائز[6] .

ومنع الفقهاء باتفاق التنفيذ في المسجد[7] ، صيانةً له وحفاظاً على نظافته .

والتعزير مثل الحدود ومثل الرجم ، فيعزر أهل الفسق رجالاً أو نساءً مع إشهار ذلك التعزير ، ونص البعض على كشف وجه المرأة الفاسقة عند إقامة التعزير عليها [8] .

وقد اشترطت قوانين الإجراءات في الدول المطبقة للشريعة حضور أولياء الدم عند تنفيذ القصاص ، وذلك لمظنة العفو أو الصلح عن دم العمد[9] .

---

(١) انظر : (الجصاص/ أحكام القرآن/ ج٣ص٣٩٠) .

(٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٣٣) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص٤٠) .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص١٠) .

(٤) (البخاري/ الحدود/ باب الرجم بالمصلى/ ح٦٨٢٠) (الترمذي/ الحدود/ باب درء الحد عن المعترف إذا رجع/ ح١٤٢٩) (أبو داود/ الحدود/ باب رجم ماعز بن مالك/ ح٤٤٣٠) (أحمد/ عن جابر بن عبدالله/ ح١٤٠٥٣) ، وقال الترمذي/ حديث حسن صحيح .

(٥) (مسلم/ الحدود/ باب من اعترف على نفسه بالزنى/ ح١٦٩٤) (أبو داود/ الحدود/ باب رجم ماعز بن مالك/ ح ٤٤٣١) (أحمد/ عن أبي سعيد الخدري/ ح١١١٩٥) (الدارمي/ الحدود/ باب الحفر لمن يراد رجمه/ ح٢٣١٩) .

(٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٨) .

(٧) انظر : (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢١٤) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣٢٠) (الخطيب الشربيني/ مغني المحتاج/ ج٦ص ٢٨٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٤٣) .

(٨) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٨٣) .

(٩) انظر : (حسن الحمادي/ قضاء الحدود والقصاص والدية/ ص٤٧٣) .

المطلب السادس

أن يكون التنفيذ بإذن الإمام

الأصل في العقوبات كلها حصر الاستيفاء في الإمام أو من ينيبه الإمام .

وقال الفقهاء : « فإن كان عقوبة فلا يستوفيها بنفسه ، بل لا بد من الحاكم ، فلا يضرب من ضربه ، ولا يجرح من جرحه ، ولا يسب من سبه »[(١)] .

وصرح الفقهاء أن هذا الحكم خاص بالعقوبة ، فقالوا : « إن الإنسان إن قدر على شيئه فله أخذه إن يكن غير عقوبة »[(٢)] .

وعللوا ذلك بخطورة العقوبات على ما سواها ، فقالوا : « أما القصاص فإنه لا يستوفى إلا بحضرة الإمام ؛ لأن الانفراد باستيفائه محرك للفتن ، ولأنها عظيمة الخطر »[(٣)] .

ونصوا كذلك على خطورة الحدود مقارنة بغيرها ، كالمعاملات المالية[(٤)] .

ويقصد العلماء من إسناد إقامة العقوبة للإمام أنها تكون بإذنه ؛ لأن الإمام يتنزه عن إقامته بنفسه ، يقول الإمام العراقي[(٥)] في طرح التثريب :

« الأولى للإمام التنزه عن إقامة الحدود والتعازير بنفسه ، بل يقيم لها من

---

(١) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص١٩/ ج٨ص٢٤٣) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٥٧) (الصاوي/ حاشية الصاوي/ ج٤ص٣١٠) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٢ص١٢٤) .

(٢) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ص٢٣٥) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٣٢) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٥٥٠) (القرافي/ الفروق/ ج١ص٢٠٧) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٧ص٢٩٢) .

(٣) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٨٦) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ص١٩٨) .

(٤) انظر : (ابن مفلح/ الفروع/ ج٦ص٥٣) .

(٥) العراقي : أبو الفضل الزين عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن العراقي ، من فقهاء الشافعية ، ولد ٧٢٥هـ ، توفي في القاهرة ٨٠٦هـ ، كان شيوخ عصره يبالغون في مدحه والثناء عليه ؛ كالسبكي وابن كثير وغيرهم . من مصنفاته : المغني عن حمل الأسفار في الأسفار، طرح التثريب في شرح التقريب، تقريب الأسانيد وترتيب المسانيد. (الزركلي/ الأعلام/ ج٤ص١١٩) (ابن قاضي شهبة/ طبقات الشافعية/ ج٢ص٢٠٠) .

يتعاطاها ، وعلى ذلك عمل الخلفاء رحمهم الله»[1] .

أما الدليل على إسناد تنفيذ العقوبة للإمام ، فهو ما يلي :

١- الأثر المروي: « أربع إلى الولاة ... » وذكر منها الحدود ، وروي مرفوعاً[2]، وروي موقوفاً : « إلى السلطان الزكاة والجمعة والحدود »[3]، وروي موقوفاً كذلك : « الجمعة والحدود والزكاة والفيء إلى السلطان »[4].

وروي عن رجل من أصحاب رسول الله ﷺ اسمه أبو عبد الله ، كان ابن عمر يقول : خذوا منه ، كان يقول : « أربع إلى السلطان ؛ الجمعة والفيء والزكاة والحدود »[5].

وعن الحسن البصري : « أربعة إلى السلطان : الصلاة والزكاة والحدود والقضاء »[6].

وكل هذه الآثار تفيد معنىً واحداً هو أن الحدود للإمام ، وأنها لا تقام إلا بإذنه .

٢- استقراء أفعال النبي ﷺ وأفعال الخلفاء الراشدين مِن بعده يدل على أن إقامة الحدود كانت إليهم وبإذنهم[7] .

إلا أن هذا الأصل ورد عليه استثناءان ، حيث حصل خلاف بين العلماء فيهما ، ولا بد من بحثهما توضيحاً لرأي العلماء فيهما .

---

(١) (العراقي/ طرح التثريب/ ج٧ص٢٠٩) .

(٢) (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٣ص٣٢٦) ، وذكر أنه مرفوع إلى النبي ﷺ ، وقال عنه : غريب . انظر تخريجه ص٨٥ .

(٣) وهو مروي عن عطاء الخراساني موقوفاً عليه . (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٣ص٣٢٦) .

(٤) وهو مروي عن عبد الله بن محيريز موقوفاً عليه . (الزيلعي/ نصب الراية/ ج٣ص٣٢٦) .

(٥) (البخاري/ الكنى/ ج١ص٤٧/ ج٤١٠) (ابن عبد البر/ الاستيعاب/ ج٤ص١٧٠٧/ رقم٣٠٦٩) (ابن حجر/ الإصابة/ ج٧ص٢٥٨/ رقم ١٠١٩٧) .

(٦) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص٥٠٦/ ح٢٨٤٣٨) .

(٧) انظر : (العراقي/ طرح التثريب/ ج٧ص٢٠٩) .

الحالة الأولى : إذا ظفر صاحب الحق بحقه في الجزئيات ، فهل له أن يستوفيه .

الحالة الثانية : إقامة السيد الحد على عبده .

وتفصيل هاتين الحالتين كما يلي :

الحالة الأولى : ما نقل سابقاً يؤكد منع العلماء استيفاء صاحب الحق حقه في الجزئيات بنفسه بدون إذن الإمام ، إلا أنهم سمحوا بهذا الاستيفاء في بعض الصور والحالات ، وجعلوا لها مع ذلك ضوابط تحددها وتقيدها .

وقد أكد العلماء أن من أخذ حقه دون رفع للإمام فقد وقع الموقع ، إلا أن الإمام يعزره عقوبة له على افتئاته عليه ، وكان هذا باتفاق الفقهاء[(١)] .

يقول ابن شاس[(٢)] : « لا ينبغي للمستحق أن يستقل بالاستيفاء دون الرفع إلى السلطان، فإن فعل عزر ووقع الموقع »[(٣)] .

إلا أن الحنفية منعوا تعزير من أخذ حقه في القصاص ولو بدون دعوى وبدون قضاء قاضٍ وبدون إذن إمام ، ولم يعزروه إلا في حالة واحدة وهي إذا استوفى حقه بغير السيف .

وبذا يكون منعهم إياه من الاستيفاء وتعزيره إن فعل ، إنما إذا أخذ حقه بغير آلة القصاص وهي السيف ، وليس لتعديه على حق الإمام .

---

(١) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٥ص٥٣٧) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ ج٦ص٥٠) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ ص٢٨٦) (مالك/ المدونة/ ج٤ص٦٦٠) (عليش/ منح الجليل/ ج٩ص٨) (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٦٥، ٦٦) (المواق / التاج والإكليل/ ج٨ص٢٩١) (ابن مفلح/ الفروع/ ج٥ص٦٣٦) (ميارة الفاسي/ شرح ميارة/ ج٢ص٢٧٦) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٢ص٢٥٤) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٧) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص٢٣٩) (ابن قدامة/ المغني/ ج٨ ص٢٤٣) .

(٢) ابن شاس : جلال الدين أبو محمد عبد الله بن نجم بن شاس ، مصنف كتاب الجواهر الثمينة في فقه أهل المدينة ، درس بمصر وأفتى وتخرج، مات غازياً بثغر دمياط سنة ٦١٦هـ في رجب. (الذهبي/ سير أعلام النبلاء/ ج ص).

(٣) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٣٢٥) (ابن قدامة/ المغني/ ج٨ص٢٤٣، ٢٢، ٩٨) .

يقول ابن نجيم : « قتل الرجل عمداً وله ولي ، له أن يقتص بالسيف ، قضى به أو لا ، ويضرب علاوته ، ولو رام قتله بغير سيف منع ، وإن فعل عزر لكن لا يضمن لاستيفائه حقه »[1].

وهذا خاص عندهم بالقصاص ، أما ما عداه فإنه يمنع ، وإن فعل يُعزّر ، فقالوا :

ضرب غيره بغير حق وضربه المضروب أيضاً ، أنهما يعزران ، ويبدأ بإقامة التعزير بالبادئ منهما ؛ لأنه أظلم والوجوب عليه أسبق[2].

ومنها أيضاً الحدود ، وما للعبد فيها حق كالقذف ، فقالوا :

فإن كان الحق حد قذف ، فلا يستوفيه بنفسه ؛ لأن فيه حق الله تعالى اتفاقاً ، والأصح أن الغالب فيه حقه تعالى فلا يستوفيه إلا من يقيم الحدود ، ولكن بطلب المقذوف[3].

وإن كان دون القذف من شتم وغيره ، فلصاحب الحق أن يقول لخصمه القول الذي قاله له ، والأولى ألا يقوله[4].

أما الشافعية فقالوا كقول الحنفية من أن حد الحرابة والقاتل الذي لا وارث لمن قتله ، فإن للإمام ولولي الدم قتله دون مراجعة الآخر ، وصرح به الماوردي[5].

وهذا يتضمن عدم تعزير الفاعل لذلك ، كونه يفعله دون مراجعة الإمام ،

---

(١) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص١٧١، ١٧٢/ ج٤ص١٧١، ٧٢) (البغدادي / مجمع الضمانات/ ص١٦٩) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٨٣) .
والعلاوة : أعلى كل شيء علاوته ، ومنه علاوة القوم أي رؤوسهم . وعلاوته : أي رأسه ، ومنه قولهم إن عمر رضي الله عنه علاه بالدرة ، أي ضرب علاوته وهو الرأس . انظر : (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٦ص١٩) .
(٢) المراجع السابقة .
(٣) المراجع السابقة .
(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٧ص١٩٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص١٧٢) .
(٥) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص٤٨٦) .

وذلك كون المحارب معتدياً على مجموع الأمة ، وكونه غير مقدور عليه ، فقد يفوت -على من تمكن منه- قتله إذا أراد رفعه للإمام فيقتله دون رفعه .

ومن الصور التي سمح العلماء فيها باستيفاء صاحب الحق حقه في الجزائيات ، صورة انعدام الحاكم ، ولهذا الانعدام صور :

١- أن يكون الإمام بعيداً[١] . وتقدير البعد بأن لا ينسب إليه الافتيات[٢] .

٢- أن يعلم ولي المقتول أن الإمام لا يقتل القاتل ، وفي هذه الحالة لا يترتب عليه تعزير عند المالكية[٣] .

٣- أن يكون باب الحاكم فاسداً[٤] ، أي لا يحق الحق ولا يبطل الباطل .

٤- أن يتوقف الرفع إلى الإمام على غرم دراهم[٥] .

٥- أن ينفرد بحيث لا يرى ، وعجز عن إثباته فلا يمنع من القود [٦].

إلا أن استيفاء صاحب الحق يجب أن يكون مضبوطاً بضابط أمن الفتنة والرذيلة ، وهو ضابط نص عليه أكثر الفقهاء[٧] .

وقالوا : إذا علم ولي المقتول أن الإمام لا يقتل القاتل فلا أدب عليه في قتله ولو غيلة ، ولكن يراعي فيه أمن الفتنة والرذيلة[٨] .

أما المقصود بأمن الفتنة والرذيلة ، فقد بينه الفقهاء كذلك فقالوا :

---

(١) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص٢٨٦) .

(٢) انظر : (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٨ص٤) .

(٣) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص٣٣٦)(زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٨٧).

(٤) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٥ص٨٤) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٤ص٢٧٥) .

(٥) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ص١٩٨) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٨٦) (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٣٢) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص٢٨٦) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ص٤٠٩) .

(٦) انظر : (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٨ص٥) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص٢٢٥) (عليش/ منح الجليل / ج٨ص٥٥٠) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٣٨٦) .

(٧) (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص٢٢٥) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٨ص٥) .

(٨) انظر : (الدسوقي/ حاشية الدسوقي/ ج٤ص٢٢٥) .

أمن الفتنة : أي أن يأمن وقوع فتنة من قتال أو ضرب أو جرح ونحو ذلك .

وأمن الرذيلة : أي أن يأمن حصول عار ينسب إليه ؛ كسرقة ونصب أو خيانة[1] .

ومن معاني أمن الفتنة كذلك : أن يأمن عدم تسلسل أخذ الحقوق والتردد فيها ؛ كأن يقوم المقتص منه باعتداء آخر على المقتص ، ويقوم أهل الأخير برد الاعتداء ، وتدور الأحداث على هذا النحو .

فأمن الفتنة يعني أن يعلم أن أخذه لحقه فيه ضرر أقل أو موازٍ للضرر المترتب على الرفع للإمام ، فإن زاد امتنع استيفاؤه حقه بيده .

الحالة الثانية : إقامة السيد الحد على عبده .

استثناءً من الأصل العام المانع من استيفاء الحق وإقامة الحد بدون إذن الإمام ، أجاز جمهور الفقهاء إقامة السيد الحد على عبده وأمته ، ما لم يكن سرقةً ، بشرط أن يعلم كيفيته وشروطه . وقال بهذا القول كل من المالكية والشافعية والحنابلة[2] .

وعند المالكية شرطان لإقامة حد الزنا على المملوك :

١- أن يكون المملوك خالياً من الزواج .

٢- أن يثبت الزنا بإقراره أو بظهور حمل أو بشهادة أربعة ذكور أحرار غير السيد[3] .

واستدل هذا الفريق بالحديث الصحيح المروي عن رسول الله ﷺ ، والذي

---

(١) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٨ص٤) .

(٢) (مالك/ المدونة/ ج٤ص٥١٩) (الشافعي/ الأم/ ج٦ص١٤٦) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج١ص٥١٨) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص٥١) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٣٩٩) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٣٤) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص٢٩٧) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص١٨٣) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩ص١١٦) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٨ص٨٤) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص٤٨٥) .

(٣) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٨ص٨٤) .

ورد فيه : « إذا زنت أمة أحدكم فتبين زناها ، فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ، ثم إن زنت فليجلدها الحد ولا يثرب عليها، ثم إن زنت الثالثة فتبين زناها فليبعها ولو بحبل من شعر »، وفي رواية : « ولو بضفير »[1].

ويستدل لرأيهم بجملة من الآثار ، ومنها :

١- ما روي أن أنس بن مالك رضي الله عنه كان إذا زنى مملوكه ضربه الحد[2].

٢- ما روي أن فاطمة حدّت جارية لها، ومثلها زيد[3].

٣- وعن إبراهيم قال : « كانوا يرسلون إلى خدمهم إذا زنين يجلدوهن في المجالس »[4].

٤- وعن نافع عن ابن عمر أنه كان يضرب أمته إذا فجرت[5].

٥- وعن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال : « أدركت أشياخ الأنصار إذا زنت الأمة يضربونها في مجالسهم »[6].

٦- وروي في أثر موقوف : « لا تظفر الحد إلا ما ملك يمينك »[7].

٧- وأن هذا مما اتفق عليه فقهاء المدينة السبعة الذين ينتهي إلى قولهم من أهل

---

(١) (البخاري/ البيوع/ باب بيع المدبر/ ح٢٢٣٤) (مسلم/ الحدود/ باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنى/ ح١٧٠٣) (الترمذي/ الحدود/ باب إقامة الحد على الإماء/ ح١٤٤٠)-(أبو داود/ الحدود/ باب في الأمة تزني ولم تحصن/ ح ٤٤٦٩) (ابن ماجه/ الحدود/ باب إقامة الحد على الإماء/ ح٢٥٦٥) (الدارمي/ الحدود/ باب في المماليك إذا زنوا/ ح٢٣٢٦) (احمد/ عن أبي هريرة/ ح٧٣٤٧، ٩١٧٤/ وعن زيد بن خالد وشبل بن حامد/ ح١٦٥٩٥، ١٦٦٠٩/ وعن عائشة/ ح٢٣٨٤٠) .

(٢) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص٤٩٠/ ح٢٨٢٧٤) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٢٤٥/ ح١٦٨٨٥) .

(٣) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص٤٩١/ ح٢٨٢٧٨، ٢٨٢٧٩) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٢٤٥/ ح١٦٨٨٤) (مصنف عبد الرزاق/ ج٧ص٣٩٤/ ح١٣٦٠٢) .

(٤) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص٤٩١/ ح٢٨٢٨١) .

(٥) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص٤٩١/ ح٢٨٢٨٢) .

(٦) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص٤٩١/ ح٢٨٢٨٤) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٢٤٥/ ح١٦٨٨٧) .

(٧) (مصنف ابن أبي شيبة/ ج٥ص٤٩٢/ ح٢٨٢٨٦) .

المدينة ، فقالوا : لا ينبغي لأحد أن يقيم شيئاً من الحدود دون السلطان ، إلا أن للرجل أن يقيم حد الزنا على عبده وأمته[1] .

وكل هذه الآثار دالة على أن الحديث الصحيح المروي في الصحاح ، عليه العمل عند أهل العلم .

وخالف الحنفية في هذه المسألة وقالوا : « لا يحد عبده إلا بإذن إمامه »[2] .

بل إن السيد إذا أقام الحد على عبده لم يكن ذلك كافياً ؛ لأن ركنه عندهم إقامة الإمام[3].

واستدل الحنفية بالأدلة السابقة التي تجعل إقامة الحد من حق الإمام ، وزادوا على ذلك بما يلي :

١- أن الحد حق الله تعالى ، إذ المقصود من شرعه إخلاء العالم عن الفساد ، ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد ، فتكون الولاية مستفادة بالنيابة من الله تعالى ، والإمام هو المتعين لها في استيفاء حقوق الله تعالى ، فأما المولى فولايته بالملك لا يصلح أن يكون نائباً لله تعالى ، وأن المرأة لا تصلح لذلك وإن كانت مالكة ، وكذا الذمي والمكاتب[4] .

٢- أن الحدود إنما تجب باعتبار الآدمية ، والمولى يملك ماليته لا غير ، فكان أجنبياً عنه ، فصار كالحر في حقه ، ولهذا يصح إقراره بالحدود دون الأموال[5] .

٣- أن ولاية إقامة الحدود ثابتة للإمام بطريق التعيين لمصلحة العباد ، وهي

---

(١) (سنن البيهقي الكبرى/ ج٨ص٢٤٥/ ح١٦٨٩٠) .

(٢) انظر : (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٣ص١٧١) (البابرتي/ العناية/ ج٥ص٢٣٥) (العبادي/ الجوهرة النيرة/ ج٢ص ١٥٢) (منلاخسرو/ درر الحكام/ ج٢ص٦٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص١٠) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ص١٣) .

(٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ص١٣) .

(٤) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٣ص١٧١) (البابرتي/ العناية/ ج٥ص٢٣٥) (منلاخسرو/ درر الحكام/ ج٢ ص٦٣، ٦٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص١٠) .

(٥) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٣ص١٧٢) .

صيانة أنفسهم وأموالهم وأعراضهم ؛ لأن القضاة يمتنعون من التصرف خوفاً من إقامة الحد عليهم ، والولي لا يساوي الإمام في هذا المعنى ؛ لأن ذلك يقف على الإمامة ، والإمام قادر على الإقامة لشوكته ومنعته وانقياد الرعية له قهراً وجبراً ، ولا يخاف تبعة الجناة وأتباعهم ، لانعدام المعارضة بينهم وبين الإمام . وتهمة الميل والمحاباة والتواني عن الإقامة منتفية في حقه ، فيقيمها على وجهها ، فيحصل الغرض المشروع له الولاية بيقين ، بخلاف الولي[(1)] .

وأما ردّهم على أدلة الجمهور فكان من وجوه :

١ - أن المراد بما روي إنما هو التسبيب بالمرافعة إلى الحكام لا المباشرة بغير إذن الإمام ، وهذا كما يقال : قتل الأمير فلاناً ، ونادى الأمير في الناس ؛ والمباشر للقتل والنداء غيره ، وإنما نسب إليه بالتسبيب بالأمر بذلك ، وهذا المعنى هو الظاهر ؛ لأنه ﷺ خاطب الموالي كلهم بذلك ، وكلهم لا يملكون المباشرة بالإجماع ، أو يكون ذلك إذناً منه عليه الصلاة والسلام للموالي بأن يقيموا الحدود عليهم ، وعندنا تجوز إقامته للمولى بإذن الإمام[(2)] .

٢- وردّوا بأنه يحتمل أن يكون خطاباً لقوم معلومين ، علم عليه الصلاة والسلام منهم من طريق الوحي أنهم يقيمون الحدود من غير تقصير ، مثل الأمير والسلطان ، ويحتمل أن يكون ذلك خطاباً للأئمة في حق عبيدهم ، والتخصيص للترغيب لإقامة الحد ، لأن الأئمة والسلاطين لا يباشرون الإقامة بأنفسهم عادة ، بل يفوضونها إلى الحكام والمحتسبين ، وقد يجيء منهم في ذلك تقصير ، ويحتمل الإقامة بطريق التسبب بالسعي لرفع ذلك إلى الإمام بطريق الحسبة وتخصيص المولي للترغيب لهم في الإقامة ، لاحتمال الميل والتقصير في ذلك ، ويحتمل أن يكون المراد من الحد المذكور في الحديث التعزير لوجود معنى الحد فيه ، وهو المنع ، فلا يصح

---

(١) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٥٧) .

(٢) (الزيلعي/ تبيين الحقائق/ ج٣ص١٧٢) .

الاحتجاج به مع الاحتمال[1] .

وبالنظر إلى أقوال الفريقين ، أرى أن الحديث المؤذن بالإقامة واضح وصريح ، ولكن يجب أن يوضع في مكانه ، فالإقامة إنما هي للحدود ، والحدود الخالصة لله تعالى ، ويكون ذلك فيما ثبت بالإقرار لا بالبينة ؛ لأن من الأولياء من لا يقدر على مقارنة الحجج ، وإن قدر عليه فإنه ليس له ، وإنما هو للإمام .

وفوق ذلك أن يكون العقاب جلداً لا رجماً ، لثبوته كذلك بنص الحديث . وأيضاً أن يكون الولي ضابطاً لتنفيذ العقوبة ، وأن يعرف أنه لا يزيد فيها ولا ينقص منها.

أما أدلة الحنفية فإنها عامة ودليل الجمهور خاص ، والخاص مقدم على العام، وحتى الأدلة العقلية لا تصلح أن تكون ناسخة للآثار العديدة في هذه المسألة .

وبقي أن ننظر إلى تفسير الحنفية للنصوص والآثار الواردة ، وخصوصاً الحديث المتفق عليه .

أما إن المقصود هو التسبيب بالرفع إلى الحكام لا المباشرة ، فإن النص لا يحتمل هذا التوجيه ؛ لأن النبي ﷺ يقول : « فليجلدها » ، والحديث موجه للأولياء لقوله ﷺ : « أمة أحدكم » ، ولو كان المقصود التسبيب لقال عليه الصلاة والسلام : « فليقم » ، مع بقاء اللفظ محتملاً إقامته بيده .

أما قوله ﷺ « فليجلدها » فلا يحتمل التسبيب بالرفع .

أما الاحتمالات التي أوردها الإمام الكاساني في تحديد مفهوم الحديث ، فمتعارضة مع فعل الصحابة وفهمهم لكلام النبي ﷺ ، فكل الآثار التي أوردتها سابقاً تدل على أن فعل الصحابة مستقر على إقامة السيد الحد على عبده ، ودون أن يرفع للإمام ، فكانت هذه الاحتمالات مجرّدة عن الدليل ، والاحتمال المجرّد عن الدليل لا يصلح مانعاً من الأخذ بحديث صحيح ، ولو أردنا أن نوقف الأخذ

---

(١) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٥٧) .

بالأحاديث الصحيحة بالاحتمال ، لما استقام لنا نص نبوي ولا حتى آية قرآنية ، فإن الاحتمال يجب أن يعضده ما يؤيده ويسنده ، أما الاحتمال المجرد فلا عبرة فيه .

أما تخوف الحنفية من عدم ضبط السيد للحد ، فإن اشتراطه لازم وضروري ، فإن لم يكن السيد عالماً بكيفية الإقامة فإنه يمنع منها ، ولا أظن أن أحداً يخالف هذا الشرط ؛ لأنه قيد ضروري للتنفيذ .

وبذا يكون القول قول جمهور الفقهاء بأن السيد يقيم الحد على عبده ، ولكن بالشروط السابق ذكرها ، حفاظاً على حق الله تعالى وعلى حقوق العباد . والله أعلم.

المبحث الثالث

أثر مخالفة أصول المحاكمات الشرعية الجزائية

يلمس القارئ من خلال الفصول والمباحث السابقة أن هناك إجراءات هامة لابد من مراعاتها في المحاكمات الشرعية الجزائية ، ولا بد من وجود آثار مترتبة على مخالفة هذه الإجراءات ؛ لأن خلو المخالفة عن أثر يفقدها الأهمية ، ويجعلها في إطار من السلوكيات الأدبية غير الملزمة التي يستحب ويندب فعلها متى تسنى ذلك .

وعندما تحدث الفقهاء عن النقض كما مرّ في المباحث السابقة ، كانوا يتحدثون عن النقض حالة مخالفة الأصول الموضوعية ، أما الأصول الإجرائية فلم تبحث في باب واحد أو تحت عنوان واحد ، وإنما تحدثوا عنها كل في مكانها ، مما اقتضى التتبع والاستقراء لمعرفة هذه الآثار ، سواء على الأحكام ، أم على المحاكمة الجزائية ، أم على فاعل تلك المخالفة .

وتتنوع الآثار المترتبة على حصول المخالفات ، ولعل أشمل أثر هو الأثر الدياني أو المسؤولية الدينية أمام الله تعالى ، وهو أثر له دوره ومكانته العالية في التشريع الإسلامي ، وربما يشمل كل الإجراءات حالة حصول المخالفة عمداً ، إلا في إطار ضيق جداً محدود في بعض الإجراءات .

وعندما يولد قانون أصول المحاكمات الشرعية الجزائية في بيئة إسلامية نعلم مدى تأثير هذا البُعد الديني على كل عملية التقاضي في شقيها العقوبات وأصول المحاكمات .

أما الأثر المقصود في هذا المبحث فهو الأثر الدنيوي لا الأخروي ، ولا يمنع هذا من التطرق إلى الأثر الأخروي ، لإلقاء الضوء على طبيعة التشريع الإسلامي الذي يبني جانباً كبيراً من أحكامه على مراقبة الله عز وجل .

أما الأثر الدنيوي فيشتمل عدة أمور ؛ إما إبطال الحكم القضائي ، أو تعزير المخالف جزائياً ، أو عزله ، أو تضمينه ، أو إبطال الإجراء ذاته وإعادته .

والمخالف في هذه الحالة قد يكون القاضي وقد يكون غيره ؛ كوالي الجرائم أو أحد أفراد ولايته أو المنفذ .

ومما يجدر ذكره في بداية هذا المبحث أن مخالفة قاعدة إجرائية أو أصلٍ من أصول المحاكمات الشرعية الجزائية يظهر بوضوح أكثر من مخالفة قاعدة من قواعد العقوبات ، مما دفع القانونيين إلى تناول آثار مخالفة أصول المحاكمات أكثر من مخالفة قواعد العقوبات .

ومثال هذا الوضوح والغموض ؛ أن مخالفة القاضي بالقضاء خارج مكان الاختصاص المكاني يظهر للعيان ويعرفه القاصي والداني ، ولا يحتاج إلى جهد للاطلاع عليه ومعرفته وتقريره ، ومثله الاختصاص النوعي والزماني ، أو مخالفة إجراءات جلسة المحاكمة وغيرها .

أما مخالفة قاعدة موضوعية فيحتاجٍ في كشفه إلى جهد وإلى تدقيق وتمحيص ؛ كما لو استند القاضي في حكمه في تقرير عقوبة ما إلى آية قرآنية أو حديث شريف ، وطعن بقضائه أمام غيره من القضاة ممن هو مثله أو أعلى منه ، كان لا بد من التدقيق وبذل الجهد في تحديد المخالفة من عدمها ، وخصوصاً إذا كان النص محتملاً لأكثر من معنى ، وحتى لو كان النص قطعياً . فيبقى النظر في اجتهاد القاضي في تكييفه للواقعة وتنزيل الحكم عليها هل هو صحيح أم لا .

وبالنظر إلى ترتب الأثر على المخالفة وعدم ترتب الأثر ، قسمت هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول : ما لا أثر له حال المخالفة .

المطلب الثاني : ما له أثر عند المخالفة .

وتفصيلها كالتالي :

المطلب الأول

ما لا أثر له حال المخالفة

وجدت عند الفقهاء جملة من الإجراءات في المحاكمات الجزائية لا أثر دنيوي في مخالفتها؛ ذلك أنها تعدّ من المندوبات والمرغوبات في كثير من الأحيان ، وهذه الإجراءات ما يلي :

١- الشـــورى :

على الرغم من أهمية الشورى ، إلا أن القاضي إذا لم يشاور فإن الحكم لا يتأثر بعدم المشورة ، وذلك إذا كان القاضي عالماً ولم يشكل عليه شيء في الحكم ، فلا يحق لأحد الخصوم الطعن بعدم المشاورة .

فالعلماء نصوا على أن الشورى في حق القاضي مستحبة[١] ، ودل ذلك على أن عدم المشورة يفوت عليه ثواب الفضيلة[٢] .

ويدل على ذلك كذلك ، أن القاضي لو شاور غيره ، فإنه لا يلزم بنتيجة الحكم الذي يتوصل إليه من استشاره ، بل إن الاعتراض لا يقبل من المستشار نفسه، فكيف يقبل من أطراف الخصومة ، واعتبر العلماء الاعتراض من قبل المستشار افتياتاً

---

(١) انظر: (المبسوط/ السرخسي/ ج٩ص١٠٣) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص١٢) (الشافعي/ الأم/ ج٦ ص٢١٩) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص١٩٦) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ ص٣١٥) .

(٢) يرى بعض العلماء أن المشاورة واجبة حتى على العالم ، وأن القاضي إن لم يشاور فإنه يُعزل .
وهذا خلاف الراجح ؛ لأن وجوب المشاورة لا يعني وجوب الأخذ بقول من شاوره ، فمعنى المشاورة أن يستمع من العلماء لحكمهم في المسألة المطروحة أمامه ، إلا أن الحكم من اختصاص القاضي لا المستشار ، فصارت الاستشارة غير ملزمة . ولذا القول الراجح أن المشاورة مستحبة في حق القاضي . انظر : (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١١٧) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٢٩٤) (النفراوي/ الفواكه الدواني/ ج٢ص٢١٩) .

على القاضي ، إلا أن يكون الاعتراض منه لمخالفة نص أو أي ناقض آخر[1] .

ويتبع هذا جميع الأصول الخاصة بالشورى التي نص عليها الفقهاء ، كالمشاورة خفية[2] ، ومشاورة الأمين العالم[3] ، فلو شاور مجاهرة أو شاور جاهلاً قليل الأمانة ، فلا يؤثر ذلك على حكمه من باب أولى ، ولا يحق لأحد الطعن في هذه المخالفة .

أما إذا أشكل عليه الحكم أو كان القاضي جاهلاً ، فنص العلماء على أن المشورة تصبح واجبة[4] ، وهذا يعني جواز الطعن بالمخالفة وقتها .

يقول الإمام الخرشي : « وتنبذ أحكام القاضي الجاهل الذي لم يشاور العلماء »[5] .

أما إن كان يشاور أهل العلم فإن أحكامه تتعقب ، فما كان منها صواباً فيبقى ولا ينبذ ، وما كان جوراً فينبذ[6] .

وسبب نبذ أحكامه مع أنه يشاور ، هو الجهل ، وهذا الجهل قد يكون في طريق الحكم لا في ذاته، وهذه هو معنى مخالفة أصول المحاكمات الشرعية .

يقول الخرشي : « ولا يقال كيف تتعقب أحكامه مع المشاورة ؛ لأنّا نقول قد يعرف عين الحكم ولا يعرف الطريق إلى إيقاعه ، إذ القضاء صنعة دقيقة لا يعرفها كل أحد ، بل ولا أجل العلماء »[7] .

إلا أن الذي يصعب إثباته حينئذ هو إشكال الحكم على القاضي ، فما من وسيلة يعلم منها أن الحكم أشكل عليه ، ولو علم ذلك لأمكن الطعن في الحكم

---

(١) انظر : (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص١٠٠) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٠٠) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ ص٣١٥) .

(٢) انظر : (داماد أفندي/ مجمع الأنهر/ ج٢ص١٥٧) (منلاخسرو/ درر الحكام/ ج٢ص٤٠٦) .

(٣) انظر : (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢١٩/ ج٧ص١٠٠) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص١٩٦) .

(٤) انظر : (زكريا الأنصاري/ شرح البهجة/ ج٥ص٢٢٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٦٥) .

(٥) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ص١٦٣) .

(٦) انظر : المرجع السابق .

(٧) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ص١٦٣) .

الذي لا يشاور فيه .

ولعدم إمكان معرفة ذلك منه ، يبقى هذا الوجوب وجوباً دينياً أدبياً لا قضائياً، فإن حكم وهو على هذه الحال كان آثماً وبلا خلاف ؛ لأن القضاء حال الإشكال حرام ، والوسيلة لرفع الحرام - مع أنها غير متعينة - هي الشورى ، فإن تم القضاء دون إزالة الإشكال فقد فعل محرماً وخالف واجباً ، إلا أن المؤاخذة لا تتجاوز حد الديانة ، وكفى به رادعاً عند القاضي المسلم .

أما إذا صدر الحكم ممن هذه حاله ، فخالف كتاباً أو سنةً ، فينقض حكمه لا لأنه لم يشاور ، بل لمخالفة أخرى .

وإذا قضى الجاهل ولم يشاور أو من أشكل عليه ولم يشاور فأصاب في حكمه موضوعياً وشكلياً ، فلا ينتقض حكمه ولا يطعن فيه ؛ لأنه حصل المقصود وهو إصابة الحق بحسب ما تم ترجيحه سابقاً .

٢- مكان المحاكمة :

اشترط العلماء جملة شروط في المكان الذي تجري فيه المحاكمة ، كأن يكون في موضع بارز، مأذوناً فيه لكل الناس ، سهلاً لهم ، فسيحاً ، مصوناً من أذى حرّ وبرد وريح وغبار ودخان لائقاً بالصيف والشتاء ، لا يؤدي إلى ملل القاضي ، وأن يحفظ هيبة القضاء ، وأن يجلس في مكانه مستقبلاً القبلة ، وأن يكون متربعاً لا متكئاً...[(١)].

فكل هذه الشروط إذا تخلفت فلا يحق لأحد الطعن أمام القضاء بمخالفة هذه الأصول ، فهي من باب المندوبات والمستحبات .

إلا أنه يجب ملاحظة ما يلي في ترك المندوب ، وهو أن العلماء وإن اتفقوا على أن تارك المندوب لا يأثم بتركه ، إلا أن خسارة التارك بتركه للمندوب عظيمة ، تكاد تبلغ الإثم ، ذلك أن التارك لو علم ما في المندوب من أجر وفضل ، لعلم أنه بتركه فات عليه الشيء العظيم ، والذي يترك الفضل العظيم والأجر الكبير يشابه

---

(١) انظر تفصيل ذلك في ص٣٨٥ .

الخاسر، إلا أنه لا يحاسب على ما فاته، بينما التارك للواجب فإنه فوق خسارته يحاسب على تركه له .

فهما من حيث الخسارة متقاربان ، إلا أنهما بحسب المؤاخذة مختلفان .

٣- زمان المحاكمة :

فقد اشترط العلماء لها شروطاً خاصة في الزمان ، من أن يكون الزمن معلوماً، وألا يستغرق جلوسه كل وقته ، وألا يجلس بين المغرب والعشاء أو أيام العيد ، أو في أي وقت يكون فيه تضييق على الناس .

فإن خالف وقضى ، فقضاؤه صحيح ، ما لم يقترن به أمر ولي الأمر ، فإن اقترن به أمر ولي الأمر صار محدداً ينقض قضاؤه حال المخالفة .

٤- التوثيق :

إن مخالفة أعمال التوثيق سواء فيما يتعلق بالديوان أو كتابة المحاضر أو السجلات أو القماطر، لا تسمح بنقض الحكم ، وينطبق على التوثيق سائر الأحكام المنطبقة على المندوبات. وهذا مفهوم من كلام العلماء حول التوثيق .

٥- الأصول المتعلقة بالقاضي :

من منع متاجرة ، وعيادة مريض ، أو هيئة لباس ، أو إفتاء في مسائل الخصومة، أو غضب ، أو جوع ، أو حزن وهم ، أو حر شديد ، أو برد شديد ، أو كسل ، أو شبع مفرط ، أو موعظة قبل الخصومة وعند أداء الشهادة ، وإجراءات حفظ هيبة المجلس ، والاعتذار للمقضي عليه بعد اتضاح الرؤية وقبل الحكم .

فكل هذه الإجراءات من المندوبات ، أما فيما يتعلق بالغضب وما يقاس عليه، فقد خلصت عند بحثها أن إثبات مثل هذه العوارض من الصعوبة بمكان ، فكان الرأي أنه يأثم لمخالفة النص ، إلا أن قضاءه ينفذ ما لم يخالف شيئاً آخر . فإن ثبت بإقرار أو قرينة ، فإن قضاءه فيها لا ينفذ كما رجحنا سابقاً .

٦- التقيد بحدود الدعوى المرفوعة في حقوق الله تعالى :

إذا خالف القاضي التقيد في حدود الدعوى المرفوعة أمامه ، وكان الحق فيها لله تعالى ، لم يتمكن أحد من طلب نقض الحكم محتجاً بعدم التزام القاضي بحدود الدعوى ، سواء رفعت من قبل أي مواطن ، أم من النيابة العامة .

أما إن كان الحق من الحقوق المشتركة كالقتل ، فالأصل أن القاضي يتقيد بحدود الدعوى؛ لوجود حق للآدمي فيما يدعيه ، إلا أن الحفاظ على حق الله يجعل للقاضي الحرية في توصيف الدعوى بما يراه صحيحاً ، خوفاً من سقوط حق الله تعالى بسقوط حق الآدمي تبعاً للتوصيف غير الصحيح ، أو خوفاً من تأخير تحصيل حق الله تعالى حالة إعادة النظر بناء على وصف جديد يحدده المدعي ، لذا كان المناسب أن يشارك المدعي المتضرر من يرشده في توصيف الحادثة بما لا يضيع الحقوق أو يؤخر في تحصيلها .

٧- المساواة :

أمر الشرع بالمساواة بين الخصوم في المدخل والاستماع وحسن الاستقبال ورفع الصوت والتضييف والكلام مع الخصوم والنظر إليهما والخلوة والإشارة والمجلس ، فلا يرفع أحدهما على الآخر .

فإن خالف القاضي أحد هذه الأمور فهو آثم باتفاق العلماء ، إن علم بذلك ، أما تأثر الحكم بالمخالفة في المساواة فلم يقل به أحد من العلماء . والأمثلة والآثار الواردة عن الصحابة تدل على عدم نقض الحكم ، فعندما نادى سيدنا عمر سيدنا علي رضي الله عنهما ، وقال له : قم يا أبا الحسن[١] ، ولم يكنْ خصمه ، فإن عمر رضي الله عنه لم ينقض الحكم لانعدام المساواة في مثل هذا ، مع احتجاج سيدنا علي على ذلك ، وعلم سيدنا عمر أنه لم يسو بينهما ، إلا أنه لم ينقض الحكم .

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص٤٤٢ .

ومثله في اختصام سيدنا عمر مع أبيّ بن كعب أمام زيد بن ثابت[1] ، فإن زيداً لم يسو بينهما في بعض الأحكام ، ولم يتعرض أحد لحكمه بالنقض ، مع أنه تعرض للنقد .

إلا أن هناك حالة استثنائية ، وهي عدم التسوية في السماع ، بأن لا يفسح القاضي المجال لأحدهما بطرح رأيه وقوله مع علم القاضي بإمكان أن يفيد ذلك القول منه في القضية ، فنص العلماء على أن حكم القاضي في هذه الحال ينقض ولا ينفذ ، وقالوا : « إذا قضى قبل السماع من أحد الخصمين كان حكمه باطلاً ، فلا يلزم قبوله ، بل يتوجه عليه نقضه ويعيده على وجه الصحة ، أو يعيده حاكم آخر »[2].

٨- أعوان القاضي :

يفهم من أقوال العلماء في أعوان القضاء أن انقضاء المحكمة دونهم لا ينقض الحكم بسببه[3] ، إلا أن يكون وجود أحدهم ضرورياً لفهم القضية ، كالمترجم ، فإن انعدامه وعدم فهم القاضي لما يقوله أحدهم حكمه كحكم عدم السماع ، فينقض الحكم بدونه ، لا لعدم وجود مترجم ، وإنما لعدم سماع قول أحد الخصمين، ويصح أن يسمع قول الخصم بأي وسيلة أخرى غير المترجم ، كآلات الترجمة الفورية ، وأجهزة الحاسب الآلي وغيرها .

٩- التغليظ في اليمين :

لو ترك التغليظ في اليمين لم ينقض حكمه ؛ لأنه يقتضي تحصيل وصف زائدة على مجرد اليمين ، فلو كانت المخالفة تتعلق بأصل اليمين التي تثبت بها الأحكام لكان الخلف فيها مؤثراً، أما الوصف الزائد كالتغليظ بالمكان أو الزمان أو الهيئة أو

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص٤٤٢ .

(٢) (العظيم آبادي/ عون المعبود/ ج٩ص٣٦٢) .

(٣) انظر : (العز/ قواعد الأحكام/ ج١ص٥٠) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص١٢) .

اللفظ أو بالمصحف فلا يؤثر .

وليس في مخالفته إثم؛ لعدم وجود نص يأمر أو ينهى فيه، والنص الوارد إنما يفيد الجواز.

١٠- التلقين بالرجوع :

فعندما يقر المقر بذنبه وكان ذنبه فيه حق لله ، فإن القاضي يلقنه سعياً لدرء الحد عنه ، والتلقين سنة من فعل رسول الله ﷺ ، وتكرر فعلها فصارت مندوباً إليها، فإن اقترنت بأمر ولي الأمر صارت لازمة ، وللمدعى عليه أن ينقض الحكم بانعدامها ومخالفتها . إلا أنها دون ذلك تبقى غير مؤثرة في حكم القاضي .

ويستحسن اشتراط الشافعية في هذه الحالة ، فقد اشترطوا أن لا يعلم المقر أن له الرجوع[١] .

أما صورة قبول النقض ، بأن يكون المدعى عليه غير عالم أن له الرجوع عن إقراره وبعدها يحكم عليه ، فيعلم أن له الرجوع ، فيحق له طلب النقض ؛ لانعدام شرط إجرائي بموجب أمر ولي الأمر بذلك ، وكل ذلك إنما هو احتيال لدرء الحدود عن أصحابها ، وخصوصاً ما يتعلق منها بحق الله تعالى ، وعندما يدرأ الحد تثبت أية عقوبة أخرى مكانه أخف منه .

١١- الأحكام الشكلية في إصدار الأحكام :

الحكم بصدوره صحيحاً يصبح لازماً نافذاً ، أما الأحكام الشكلية المتعلقة بالحكم من تسجيل وتوثيق ، وتسليم نسخة للمحكوم له والمحكوم عليه ، والتصريح بأسماء الشهود في الحكم على الغائب ، والإشهاد على الحكم ، كلها لا تؤثر حال تخلفها على صحة الحكم ، ولم يرتب العلماء على فقدها أثراً ، مع أنها تدخل في

---

(١) (قليوبي وعميرة/ حاشية قليوبي وعميرة/ ج٤ص١٩٧) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص١٥١).

باب المندوب .

وكذلك الحال بالنسبة للآداب المرافقة لإصدار الأحكام ، فإنها من المندوبات، وهي مما لا يمكن لأحد الاطلاع عليه ، فهي بين القاضي وربه عز وجل .

يقول ابن فرحون : « فإن لم يصرح عن الشهود فيه (في الحكم) نفذ الحكم ولم يكن لغيره أن ينقضه »[1].

ويقول كذلك : « فإن وقع الحكم مسجلاً ولم يكشف عن أسماء الشهود ، فليس ينقض الحكم وهو تام ، ويكره له ذلك إن لم يفعله »[2].

إلا أن بعض المالكية استثنى من عدم النقض حالة واحدة ، وهي أن يكون القاضي الذي فعل ذلك ليس مشهوراً بالعدل والفضل ، فعندها يجوز لمن بعده أن يتعقب الحكم[3] .

والملاحظ أن هذا الاستثناء لا يرجع إلى الإجراء بحد ذاته ، إذ لو كان كذلك ، لجاز تعقب حكم العادل إذا خالفه . فالسبب راجع إلى نفس القاضي ، فهو في الحالة التي أجازوا التعقب فيها جعلوا مخالفة الإجراء قرينة على فساد الحكم ، فلذلك أجازوا تعقب الحكم فيه .

١٢- العديد من إجراءات التنفيذ :

لا أثر لها حال المخالفة ، ومنها ضرب الوجه والرأس والمذاكير في الحدود ، فلا يتأثر الحد بمثله ، وكذلك أن يمد المحدود أو أن يضرب في موضع واحد ، وفيه قول عند المالكية أنه لا يضرب إلا الظهر[4] .

---

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٩٩) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٩٧) . يقول ابن فرحون : « فإن لم يصرح بأسمائهم وكان الحاكم ليس مشهوراً بالعدل والفضل ، فإن ذلك مما يبيح لمن بعده أن يتعقب ذلك الحكم ؛ لأن هذا مما لا يمضي إلا من الحاكم العدل ، فإن قدم هذا الغائب فأراد رد القضاء عنه وأن يبتدئ الخصومة ، كان ذلك من حقه إذا تعلل من شهادة الشهود وقال : لو علمت من شهد عليّ لرددت شهادته عني » .

(٤) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٤٣٥) .

وكذلك أن يكون التنفيذ تحت إشراف طبي ، وكذا عدم مساواة المرأة الرجل في شدة الضرب ، فلا يؤثر حال مخالفته ، ومن ذلك مخالفة الآلة كأن يضرب بحجارة كبيرة جداً أو صغيرة . أما السوط فلا تؤثر المخالفة فيه ، إلا بأن يكون غير مؤلم ، فإن الحد عندها يعاد ولا شيء على السلطان فيما مضى من الضرب ، كما ذكر العلماء [1].

ومن إجراءات التنفيذ عدم رفع اليد لدرجة رؤية الإبط ، وأن لا يتولى إقامة الحد من هو ضعيف أو من هو قوي ، وأن لا يقترب كثيراً من المرجوم ، وأن لا يبتعد عنه ، وأن يحفر للمرأة في الرجم ، فكل ذلك لا أثر له في مخالفته [2] .

ومما لا يؤثر ، مخالفة القعود في الجلد وشد الثياب ، وكل ذلك للمرأة .

ومنها مخالفة التشديد في بعض الحدود دون البعض ، فلم يذكر العلماء فيه أثراً، وكذلك مخالفة حضور الناس تنفيذ العقوبات ، فإنه لا تأثير للمخالفة فيه .

وهذه الإجراءات ثبتت بالسنة ندباً ، وهي مما لا يؤاخذ بتركه في الدنيا ، إلا أن اقترانها بأمر ولي الأمر يصيرها لازمة التنفيذ ، مما يترتب على مخالفتها أثرٌ دنيويٌ كالتعزير أو الضمان ، فإن لم تقترن بالأمر ، فتبقى في حدود الآداب الشرعية والمسنونات النبوية .

---

(١) انظر : (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص٣١٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٢٦٦) .

(٢) انظر : (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص١٦٠) (ابن قدامة/ المغني/ ج٩ص٤٠، ١٤٢) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ ص١٣٥) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٥٢) .

المطلب الثاني

ما له أثر حال المخالفة

فيما يلي الإجراءات التي يترتب على مخالفتها أثر دنيوي ، وهي كما يلي :

١- البحث والكشف والتجسس بالعلم وغلبة الظن، والحبس والضرب بالتهمة :

وقد اتفق العلماء على إثم من يخالف ذلك ، وقالوا : ليس لأحد البحث والتجسس بمجرد الظنون [١].

ويترتب على قولهم هذا تقرير عقوبة تعزيرية إن رأى الإمام ذلك .

وهذا مفهوم من أقوال العلماء أنه حرام وأن فاعله آثم ، والسبب في وجوب التعزير تعلق حق الغير به ، فلا بد من أثر لمن خالف ذلك .

ويمكن الاستدلال على ما أقول بقول الرسول ﷺ فيما يرويه عنه أبو أمامة : « إن الأمير إذا ابتغى الريبة في الناس أفسدهم » [٢].

وقول النبي ﷺ فيما يرويه أبو داود عن معاوية رضي الله عنه : « إنك إن اتبعت عورات الناس أفسدتهم أو كدت أن تفسدهم » [٣].

والشارع يعاقب من سعى في إفساد الناس ، فإن كان فعلاً منفرداً فيعاقب فاعله ، وإن كان بأمر من مسؤول فلا بد أن يسأل المسؤول عن ذلك ويعاقب أيضاً بما يناسب حاله ، ولأجل هذا وجد التعزير .

أما أثر المخالفة في هذا على الحكم فإنه لا تأثير يذكر يسببه حصول الكشف

---

(١) انظر : (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج٩ص٢١٩) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٥ص١٨٢) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٤ ص٥٣٩) (النفراوي/ الفواكه الدواني/ ج٢ص٢٩٩) (السفاريني/ غذاء الألباب/ ج١ ص٢٦٢) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٦) .

(٢) سبق تخريجه . انظر ص١٥١ .

(٣) سبق تخريجه . انظر ص١٥٢ .

والبحث دون علم قاطع أو غلبة ظن .

فلو أن أحد أفراد ولاية الجرائم كشف وتجسس وبحث بمجرد الظن فاكتشف جرماً يعاقب عليه الشرع ، فرفع ذلك -بموجب صلاحياته - للقضاء وبعد الحكم على المقبوض عليه طعن بالحكم ؛ لأنه تم كشفه مع أنه حريص على الاستتار ، مما يدل على أن الكشف كان بالظن ، فلا يقبل طعنه ذلك ؛ لأن هذا الفعل المخالف له جزاؤه في الشريعة ولكن بحدود الشرع ، فلا يغالي في معاقبة المخطئ ولا يتهاون في حماية حقوق الآخرين . وهذا أيضاً مفهوم من أقوال العلماء .

وفي الحبس والضرب بالتهمة ؛ إذا ثبت أن إجراءات التحقيق جرت مخالفة لأحكام الشريعة ؛ كالحبس بلا تهمة والضرب بلا تهمة ، فهل يحق الطعن في الحكم بناء على ثبوت المخالفة ؟

الجواب عند العلماء بالنفي ، إلا أن ذلك لا يعني انتفاء مسؤولية من فعل هذه المخالفة ، وأول ما يؤاخذ بفعله الفاعل لهذه المخالفة الإثم العظيم من الله تعالى ؛ لأنه انتهاك حرمة مسلم بغير حق .

أما الثاني ، فإنه الضمان لكل ضرر مادي ومعنوي يلحق المعتدى عليه ، فإن تعويض الضرر في الشريعة أمر لازم للقاعدة الشرعية « الضرر يزال »[(١)].

فالدولة من حقها الكشف عن المجرمين ، ولكن بوسائل مشروعة ، ومن حقها أن تأخذ حق المجتمع من المجرم ، ولكن بالطرق المتبوعة ، وأية مخالفة تحدث فإنها تستوجب المسؤولية المدنية ، وقد تصل إلى المسؤولية الجزائية ، بأن يعاقب ولي الأمر من فعل ذلك بالاقتصاص منه إن كان ضرباً ، أو بالعقوبة ، أو بحسب ما يراه مناسباً .

وقد قال العلماء : « ومن أسقطت بطلب سلطان أو تهديده سواء كان طلبها لحق الله تعالى أو لحق غيره ، أي لكشف حد ، أو لآدمي ، أو ماتت بوضعها من

---

(١) (جمعية المجلة/ مجلة الأحكام العدلية/ ص١٨/ح٢٠) (المجددي/ قواعد الفقه/ ص٨٨) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص٨٣) .

الفزع ، أو ماتت من غير وضع فزعاً ، أو ذهب عقلها من ذلك ، أي من الفزع ، أو استعدى إنسان عليها إلى السلطان بأن طلب منه إحضارها فأحضرها ، فحصل لها شيء مما سبق ، ضمن السلطان ما كان بطلبه ابتداءً »[1].

ويستدل على ذلك بقصة دية الجنين التي استشار فيها سيدنا عمر الصحابة ، فإن المرأة أسقطت بطلب عمر رضي الله عنه ، فأشار عليه سيدنا علي رضي الله عنه بالدية ، فجعلها على عاقلته[2].

وقال الفقهاء بأن والي الشرطة أو أحد أفرادها إذا فعل ما يوجب الضمان وكان هذا الفعل بلا طلب من الحاكم فضمانه عليه ، أما إن كان بطلب من السلطان، فعلى السلطان[3] .

ومما يؤثر فيه الحبس والضرب عدم قبول إفادة من حبس أو ضرب ، ولو كان ذلك إقراراً ، يقول الإمام الشافعي : « فلو قال المشهود عليه أقررت لغمٌ الحبس أو لإكراه السلطان، فالقول قوله مع يمينه »[4].

ويقول رضي الله عنه : « فإذا خاف سقط عنه حكم ما أكره عليه من قول ما كان القول شراء أو بيعاً أو إقراراً لرجل بحق أو حد أو إقرار بنكاح أو عتق أو طلاق أو إحداث واحد من هذه وهو مكره ، فأي هذه أحدث هو مكره لم يلزمه »[5].

٢- مخالفة الشروط الواجب توافرها في الدعوى :

سواء في المدعي أو المدعى عليه أو المدعى به ، فيسمح بنقض الحكم والاعتراض على الحكم الصادر على هذه الصورة . كأن يقبل الدعوى ممن اختل فيه

---

(١) (البهوتي/كشاف القناع/ج٦ص١٦) .

(٢) سبق تخريجه . انظر ص٧٩ .

(٣) (الرحيباني/ مطالب أولي النهى/ج٦ص٩٢) .

(٤) (الشافعي/الأم/ج٣ص٢٤١) .

(٥) (الشافعي/الأم/ج٣ص٢٤٠) .

شرط التكليف أو أن يكون المدعى به غير معلوم ، فكلها شروط لازمة لقبول الدعوى ، فإن قبلت بدونها كان الحكم مبنياً على باطل ، فجاز نقضه[١] .

ومن هذه الشروط شرط المصلحة وشرط الصفة ، وهي مما يجوز الدفع بعدم توافرها في الدعوى[٢]، فأن يصح النقض بسبب تخلفها أولى .

وشرط المصلحة يمكن تصوره في الادعاء في الجرائم التي تتعلق بحق مشترك ، أما الجرائم التي هي اعتداء على حق الله تعالى ، فيحق لكل مواطن في الدولة له الأهلية لرفع الدعوى أن يرفعها ، مع أنه لا مصلحة له في رفع الدعوى ، إلا أن تكون مصلحة غير مباشرة ، ولا تصح الدعوى ممن له مصلحة غير مباشرة .

أما في شهادة الحسبة ، فإن شرط المصلحة المباشرة ليس معتمداً ؛ لأنه يرفع في حق للأمة، ولأي أحد أن يقوم بالرفع لحقها .

ومثله شرط الصفة ، ففي شهادة الحسبة يعتبر كل مواطن في الدولة ذا صفة تؤهله للمطالبة بهذا الحق .

أما مخالفة شرط المصلحة والصفة فله أثر في الجرائم التي تعتدي على حق مشترك ؛ كالسرقة ، فإذا سرق إنسان وعلمنا أنه علم بذلك قطعاً أو بقرينة ولم يتحرك لرفع الدعوى على الفاعل مع قدرته ، فإن هذا مشعر بعفو صاحب الحق قبل الرفع للإمام ، وهذا مانع من عدم المعاقبة ، ولو كان ذلك بالقرينة ؛ لأن القرائن قد تدل على المراد أشد وضوحاً من التصريح ، وفي مثل هذه الحال لو أراد أي مواطن رفع دعوى السرقة على هذا السارق ، فإن دعواه لا تقبل .

يقول ابن قدامة : « الحقوق على ضربين ؛ أحدهما : حق لآدمي ، كالحقوق المالية والنكاح وغيره من العقود ، والعقوبات كالقصاص وحد القذف والوقف على آدمي معين ، فلا تسمع الشهادة فيه إلا بعد الدعوى ؛ لأن الشهادة فيه حق لآدمي فلا تستوفى إلا بعد مطالبته وإذنه ، ولأنها حجة على الدعوى ودليل لها ، فلا يجوز

---

(١) انظر : (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٩٠) .

(٢) انظر : (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص٢٧٨، ٣٠٣) .

تقدمها عليه »[1].

ويقول الهيتمي : « إن من يدعي حقاً لغيره وليس وكيلاً ولا ولياً لا تسمع دعواه »[2]. وهذا باتفاق الفقهاء [3].

من هنا فإن قضاء القاضي بما يخالف هذا الشرط مما يصح نقضه ، لتخلف شرط المصلحة المباشرة والصفة المباشرة في مثل هذه الدعوى .

أما إن كان وكيلاً أو ولياً أو وصياً ، فإن صفته على هذا النحو تسمح له برفع الدعوى ، ويكون تحقق الشرط فيه أمراً واقعاً .

وشرط الصفة مشروط في طرفي الدعوى كليهما[4] ، وتخلفه فيهما أو في أحدهما ينتج نفس الآثار ؛ فإذا رفعت الدعوى ممن لا صفة له أو لا مصلحة له ، نقض الحكم ، وإذا رفعت الدعوى على من لا صفة له ، نقض الحكم ذلك .

٣- الحكم على الغائب :

إذا حكم القاضي على غائب في القضايا الجزائية ، ثم حضر الغائب ، فإن له أن يطلب نقض الحكم ويرفعه إلى من هو فوق القاضي ، كما ذكر الفقهاء [5]؛ لأن حق الله تعالى لا يستوفى مع الشبهة ، ولا شبهة أكبر من غياب المحكوم عليه ، فقد يأتي الغائب بما يبطل بينة خصمه ، أو يبطل التهمة من أصلها[6] .

ويمكن أن يكون نقض الحكم في مثل هذه الحالة بقوة القانون ، بأن يمتنع تنفيذ الحكم حتى تعاد المحاكمة ، نظراً لخطورة الأحكام في القضايا الجزائية .

---

(١) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص٢٠٢، ٢٠٣) .

(٢) (الهيتمي/ تحفة المحتاج/ ج١٠ص٣١٠) .

(٣) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٣٧، ٣٩) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٦ص٣٧) (الجمل/ حاشية الجمل/ ج٣ص ٣١٦) (البجيرمي/ البجيرمي على المنهج/ ج٢ص٤١٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٣ص١٣٠، ١٣١) .

(٤) انظر : (محمد نعيم ياسين/ نظرية الدعوى/ ص٢٧٨) .

(٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٩٧) .

(٦) (ابن قدامة/ المغني/ ج١٠ص١٣٨) (البابرتي/ العناية على الهداية/ ج٥ص٤٠٩) .

٤- الشهادة بحق من حقوق الله تعالى بعد تقادم الزمن دون عذر معقول مقبول :

فإن حكم القاضي على الرغم من هذا التقادم بعقوبة حدّية يعتبر مشوباً بالعيب الذي يؤهل الحكم للنقض .

لأن تأخر الشاهد حسبة عن الشهادة فيما هو حق خالص لله يورث تهمة ما دام أن التأخير لغير عذر من سفر أو مرض ونحوهما ، والحدود لا تقام مع الشبهات.

أما لو حكم بتعزير ، فالحكم في محله ؛ لأن القول بسقوط الحدود لا يعني سقوط العقوبة بالكلية ، بل ينتقل إلى التعزير .

أما الادعاء بالحقوق المشتركة فلا يلحقه التقادم ، كما سبق وأن بينّا في شروط الدعوى .

٥- مخالفة الاختصاص :

قال العلماء : إن القضاء مما إذا خص اختص به [(١)].

فإن خالف القاضي وحكم خارج حدود اختصاصه كان قضاؤه في غير محله، وسواء أكان الاختصاص زماناً أم مكاناً أم أشخاصاً أم متعدداً ، وجاز نقض قضائه بناء على هذه المخالفة .

وقال الفقهاء : إنه يصير قاضياً بحدود ما قيد به [(٢)] . مما يعني أنه خارج الحدود الموضوعة له يصبح كبقية الناس ؛ لانتفاء صفة القضاء عنه ، وبذا لا يكون لقوله حجية أو قوة إلزامية كما هو الحال في حدود اختصاصه .

ومن صور الاختصاص : أن يخصص الإمام اكثر من قاض واحد في قضية

---

(١) (الكرابيسي/ الفروق/ ج٢ص١٦٤) (ابن عابدين/ تنقيح الفتاوى الحامدية/ ج١ص٣٠١) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ص٣٧١) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٢٨٠) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٨٢) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٠٠) .

واحدة . وقد نص الفقهاء على أن قضاء أحدهما لا ينفذ دون الآخر[1] .

والخلاصة أن مخالفة الاختصاص مبطلة لقضاء القاضي وتجعله غير نافذ ، وهذا باتفاق الفقهاء[2] .

وقد أخذت التشريعات الجزائية الإسلامية بهذا ، وحكمت بنقض الأحكام الخارجة عن حدود الاختصاص[3] .

٦- النقض بسبب التهمة المنسوبة للقاضي :

فالقاعدة الشرعية تقول : « التهمة تقدح في التصرفات إجماعاً »[4].

ومنها قضاء القاضي لنفسه ، وقد نقل بعض العلماء الإجماع على منع قضاء القاضي لنفسه ، ولا لمن لا تجوز شهادته له[5] .

وعلى اختلاف بين العلماء فيما وراء ذلك مما يعد تهمة أو لا يعد تهمة .

والصحيح أنها مراتب كما ذكر القرافي إذ يقول : « فأعلى رتب التهمة معتبر إجماعاً كقضائه لنفسه ، وأدنى رتب التهم مردود إجماعاً كقضائه لجيرانه وأهل صقعه[6] وقبيلته ، والمتوسط من التهم مختلف فيه »[7].

---

(١) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٣ص٣١٧) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٢٨٢) (الرصاع/ شرح حدود ابن عرفة/ ص٤٤٠) (الباجي/ المنتقى/ ج٥ص١٨٣) (الرملي/ نهاية المحتاج/ ج٨ص٢٤٢) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ ص٢٨٧) .

(٢) انظر : (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص١٠٠) (الماوردي/ الأحكام السلطانية/ ص٩٢، ٩٣) (زكريا الأنصاري/ أسنى المطالب/ ج٤ص٢٨٧) (الطرابلسي/ معين الحكام/ ص١٣) (البهوتي/ كشاف القناع/ ج٦ص٣٦٤) (البلخي / الفتاوى الهندية/ ج٣ص٢٤٦) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٠٠).

(٣) انظر : (حسن الحمادي/ قضاء الحدود والقصاص والدية/ ص٣٢٧) .

(٤) (القرافي/ الفروق/ ج٤ص٤٣) .

(٥) انظر : (العراقي/ طرح التثريب/ ج٧ص٢١٠) .

(٦) الصقع: ناحية الأرض، فلان من أهل هذا الصقع، من أهل هذه الناحية. (ابن منظور/ لسان العرب/ ج٨ ص٢٠٣).

(٧) (القرافي/ الفروق/ ج٤ص٤٣) .

وقد نص العلماء على أن القضاء إذا تم مع وجود تهمة معتبرة ، فإن القضاء ينقض ، وقالوا : « للقاضي فسخ حكم قاضٍ حكم على من بينه وبينه عداوة ، أو بين أبويهما ، أو بين الحاكم وأبي المحكوم عليه ، ولا ينفذ حكمه عليه » [1].

والعداوة المقصودة هنا هي العداوة الدنيوية دون الدينية [2].

ومن هذه التهمة إثبات الرشوة عليه ، بأن يثبت أنه دفع رشوة للحاكم ليجعله قاضياً ، فإنها تهمة تجعل أحكامه غير نافذة [3].

وقال الفقهاء : « وإذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضياً ... ولو قضى لم ينفذ » [4].

ومثله لو أعطى الرشوة للحاكم ليعزل القاضي ليتولى مكانه [5].

أما إذا أخذ الرشوة وقضى ، فحكمه باطل إجماعاً فيما ارتشى فيه [6].

وهل ينفذ قضاؤه فيما سواه ، فيه خلاف ، وخلاف أيضاً في توبته هل تقبل ؟ وما أثرها على أحكامه ، فلتراجع في مكانها [7].

---

(١) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٣٨) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٨٣) (ابن العربي/ أحكام القرآن/ ج٢ ص١٩٥) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٩ص٢٩) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٩٣) .

(٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٨٤) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٣٠٢) .

(٣) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٣٠٣، ٢٨٤) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٥) .

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٨٤) .

(٥) انظر : (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٥) .

(٦) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٨٥) .

(٧) يقول أبو حنيفة رحمه الله : « لو قضى القاضي زماناً بين الناس ثم علم أنه مرتش ، ينبغي للقاضي الذي يختصمون إليه أن يبطل كل قضاياه » ... وقال : « ولو أن كاتبه أو حاجبه أو أي واحد من أعوانه ارتشى وعلم به ورضي ، فكأنما ارتشى بنفسه » . (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٨٥) .
ويقول ابن فرحون : « فإن تاب فيصح قضاؤه ، واشترطوا أن تكون توبته قبل الولاية » . (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص١٥) .

٧- العـــلانيــــة :

الأصل أن القاضي يجري المحاكمة علناً ، فإذا خالف وحكم سراً بـين اثـنين ، فلا مانع شرعاً من ذلك ، ولا يأثم بالمخالفة ، ولا ينقض حكمه لأجل ذلك ، وهـذا من حيث الأصل .

أما إذا نص الإمام على العلانية واشـترطها في الحكـم صـارت لازمـة بـشرط الإمام لها ، ومما يدل على جواز اشتراط الإمام مثل هذا الشرط نص العلماء على أن في جلوس القاضي وحده مع الخصمين والحكم فيها يورث تهمة[١] .

وسبق أن أشرت إلى القاعدة القائلة بقدح التهمة في التصرفات .

فإذا اقترن اشتراط العلانية مع أمر ولي الأمـر ، وقـام القاضـي بمخالفـة هـذا الأمر قويت التهمة في حقه لدرجة أن الحكم يطعن في صحته عندئذ .

وقد أخـذت التـشريعات الجزائيـة في الـدول المطبقـة للـشريعة بهـذا الحكـم ، فأجازت النقض في حالتي مخالفة العلانية، ومخالفة الـسرية الـتي اشـترطوها في بعـض القضايا، كقضايا الأحداث[٢].

٨- أصول البينات الجزائية :

كأن يقضي القاضي في العقوبات التي لله فيها حق بـشهادة النـساء أو الـصبيان الذين لم يبلغوا حد التمييز ، فإنه يصح نقض حكمه[٣] .

ومن ذلك العدد في الشهود على الزنا ، فإن خالفه فقد خالف نصاً صـريحاً في

---

(١) انظر (الزيلعي/ تبيين الحقائق / ج٤ص١٧٨) .

(٢) انظر : (حسن الحمادي/ قضاء الحدود والقصاص والدية/ ص٤١٥) .

(٣) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٤٦) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٣٢) (ابن رشد/ بداية المجتهـد/ ج٢ص٤٢٥) (الزيلعـي/ تبـيين الحقـائق / ج٤ص٢٠٩) (البـابرتي/ العنايـة/ ج٧ص٣٦٩) (صـديق البخاري/ ظفر اللاضي/ ص١٢٩) .

القرآن لقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّـٰتِي يَأْتِينَ ٱلْفَـٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ﴾[1].

وقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾[2].

ومن ذلك اشتراط اتحاد المجلس لصحة قبول الشهادة في الزنا عند الحنفية وبعض المالكية[3] .

وزاد الحنفية عن المالكية فقالوا : « لو أن المحبوس في سجن القاضي إذا أقر أنه حبس بسبب عقوبة خالصة كالزنا وشرب الخمر فقال : إني أقررت عند القاضي المعزول أربع مرات في الزنا ولم يقم علي الحد ، فإن القاضي لا يقيمه عليه ؛ لأن ما كان منه في مجلس المعزول بطل »[4].

فعندهم لو أن القاضي حكم بإقرار الزاني عند غيره جاز الطعن في الحكم لمخالفة هذا الشرط عندهم ، وعندهم ما يفوق ذلك من أن حدّ الخمر لا يحد فيه من هذا حاله سواء ثبت ببينة أو إقرار[5] .

أما عند الشافعية فإنه لا بد من إعادة الحجج ثانية[6] .

ومن ذلك اشتراط الأصالة في الشهادة على الحدود والقصاص ، فإنه يصح نقض الحكم عند من اشترطه ، بخلاف من لم يشترطه .

ومنه اشتراط لفظ الزنا في الشهادة ، فإن خالفه ينقض حكمه عند الجمهور[7].

---

(١) (سورة النساء ، آية رقم ١٥) .

(٢) (سورة النور ، آية رقم ٤) .

(٣) (الزيلعي/ تبيين الحقائق /ج٣ص١٦٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ج٥ص٥) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص١٣٦).

(٤) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ج٦ص٣٠٠) .

(٥) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ج٦ص٣٠٢) .

(٦) انظر : (الشافعي/ الأم/ ج٦ص٢٢٠) .

(٧) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٥) (البلخي/ الفتاوى الهندية/ ج٢ص١٥٨) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٤ ص٧) .

ومنها أن تكون الشهادة باللفظ الخاص بالشهادة ، لا بقوله علمت أو ظهر لي؛ لأن باب الشهادة مائل للتعبد كما قال الشافعية ، فالقياس دخيل فيه في بعض المواضع[1] .

ومنها أن تكون الشهادة في مجلس القاضي وأمامه .

ومنها الصراحة بالإقرار بقوله أقرّ ، فإن قضى بخلاف ذلك نقض حكمه[2] .

ومنها تكرار الإقرار أربعاً في الزنى عند من اشترطه ، وكذلك تفرق مجالس الإقرار[3] .

ومنها تعدية إقرار المقر إلى غيره ، فهو مما ينقض به ؛ لأن الإقرار حجة قاصرة[4] .

ومنها مخالفة اليمين الألفاظ المخصصة لها ، ومخالفة الصيغة يجعل اليمين غير معتمدة . وإن كان الحالف هو المدعى عليه اعتبره العلماء ناكلاً حال المخالفة[5] .

ومنها مخالفة الآجال في البينات ، فإن لم يمنح أحد أطراف الخصومة الوقت اللازم لإحضار الحجة ، فإن الحكم ينقض ؛ فإن أساس التحاكم هو بذل الحجج ، وبإلغاء الأجل فيما ينبغي لحصوله وجود الأجل ، فهو كمنع الخصم من إبداء قوله ، فينقض الحكم .

ويكون تحديد الوقت من قبل ولي الأمر رافعاً للنزاع في تقدير المدة اللازمة لإحضار الحجة .

---

(١) انظر : (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٣٨٣) .

(٢) (البجيرمي/ حاشية البجيرمي على المنهج/ ج٣ص٧٢) .

(٣) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٧) .

(٤) (المرغيناني/ الهداية/ ج٣ص١٤٧) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٤٩) (الزركشي/ المنثور في القواعد/ ج١ ص١٨٧) (السيوطي/ الأشباه والنظائر/ ص٤٦٥) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٣ص٥٠) .

(٥) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص٢١٨، ٢٥٤) (ابن المناصف/ تنبيه الحكام/ ص٢٢٦) .

ومنها مخالفة الإعذار عند المالكية[1] ، مع كونه شرطاً شكلياً ، إلا أنهم جعلوه شرطاً في صحة الحكم ، بحيث ينقض حكم القاضي إن لم يعذر الخصوم .

وعند الحنفية يعدّ ترك الإعذار تهمة للقاضي بأنه مال لأحد الخصمين ، ومنع أحد المتخاصمين في إثبات حجته عنده أو دفع حجة خصمه .

يقول الإمام السرخسي : « لأنه إذا وجه القضاء عليه بعد ما أمهله حتى يظهر عجزه عن الدفع انصرف من مجلسه شاكراً له ساكتاً ، وإن لم يمهله انصرف شاكياً منه يقول : مال إلى خصمي ولم يستمع حجتي ولم يمكّني من إثبات الدفع عنده »[2] .

وهذه التهمة إذا اقترنت بأمر ولي الأمر وحصلت المخالفة فيها قويت التهمة ، مما يؤذن بنقض الحكم .

٩- تخلف صيغة الحكم عما هو محدد لها[3] :

فإن طالب القاضي بإنفاذ ما لا يعتبر حكماً لصيغته المخالفة لما هو مشروط بجعل أمره في غير محله .

وكذا لو طالب المحكوم له بإنفاذ قرار القاضي بدون لفظ الحكم المحدد ، يسمح بالمطالبة بنقض هذا القرار لمخالفته للأصول الشرعية .

١٠- تخلف شرط من شروط النقض :

إذا قضى القاضي بقضاء وكان قضاءً صحيحاً ، ثم جاء غيره ونقض هذا الحكم بلا سبب مشروع ، فإنه يحق لقاضٍ ثالثٍ أن ينقض النقض ، ويعيد للحكم الأول اعتباره .

---

(١) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص١٣١) (عليش/ منح الجليل/ ج٨ص٣٢٤) (الخرشي/ شرح مختصر خليل/ ج٧ ص١٥٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج١ص٩٦) .

(٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج١٦ص٦٣) .

(٣) (ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين/ ج٥ص٣٥٢) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٦ص٢٧٧، ٢٧٨) (ابن أبي الدم/ أدب القضاء/ ص١١٨) (الحموي/ غمز عيون البصائر/ ج٢ص٣٩٢) .

ومثلـه أن يـنقض أحـد القـضاة قـضاء قـاضٍ لأن اجتهـاد الأول كـان مخالفـاً لاجتهاده ، فإن نقض الناقض باطل ، فينقض ؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله إجماعاً ، فيكون القضاء الناقض مخالفاً للإجماع فينقض[1] .

وقد قال الفقهاء : « إن مما ينقض نقض ما لا ينقض ، فـإذا قـضى قـاضٍ بـأن ينقض حكم الأول وهو مما لا ينقض ، نقض الثالث حكم الثاني ؛ لأن نقضه خطأ ، ويقرّ الأول »[2] .

١١- مخالفة أصول التنفيذ :

بعض أصول التنفيذ أثبت العلماء لها آثاراً حالة المخالفة ، ومنها :

أ - **إقامة الحد على الحامل** ، فإن في إقامة الحد عليها وهي حامـل تعـدٍّ علـى جنينها ، وتقضي الأصول الشرعية أن تدفع الدية من بيـت المـال ، قياسـاً علـى ديـة الجنين الذي أسقط بسبب الطلب ، وهو أولى بالاعتبار منه .

ومثله إقامة الحد على المريض والنفساء ، وكذلك الموالاة في إقامـة الحـدود إذا تعددت ، لأن الأصل أن لا تتوالى ، وكذلك حسم يد السارق .

فإن لم يفعل الحاكم ذلك وتسبب في ضرر يفوق ما قدر للحد ، فإنه يضمن في بيت المال؛ لأنه بحكم الخطأ المضمون على بيت المال .

أما إن قام بالحد على الصورة المطلوبة فهلك أو زاد على المطلوب ، فهو هـدر لحدوثه صحيحاً ، ولم يقل أحد من العلماء بأنه يضمن .

ب- **مخالفة الآلة** ، فإن كان السوط خفيفاً لا يؤلم ، فإن الحد يعاد على المحدود، وقد نص عليه العلماء[3] .

---

(١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٨٨) .

(٢) (القرافي/ الفروق/ ج٤ص٤١) (علي حيدر/ درر الحكام/ ج٤ص٦٨٨) .

(٣) (الحطاب/ مواهب الجليل/ ج٦ص٣١٨) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٢٦٦) .

ج- ومنها مخالفة الموضع عند المالكية في الضرب ، فلو تجاوزه وضرب غير الظهر ، فلا يجزئ عن الحد ، ولكنهم قالوا لا شيء على السلطان في مثل هذا التجاوز ؛ لأنه مما لا عقل فيه[1] .

د- ومنها مخالفة الاعتدال في الثياب ، فلو كان يلبس حشواً أو فراءً ، فيعاد لنص العلماء على منعه[2] ، ولأنه مانع للألم ، ويقصد من إقامة الحدود الإيلام .

هـ- ومنها مخالفة عدم تجريد المرأة في الحدود ؛ فإن العلماء اتفقوا على أن تجريدها حرام[3] .

وبهذا فإن المخالف لما اتفق عليه العلماء يعاقب ويعزر بحسب حاله ، إلا أن هذه المخالفة لا تؤثر على الحكم أو على صحته ، فيبقى صحيحاً .

و - ومنها حضور الإمام أو الذي حكم على المحكوم عليه ، وحضور الشهود كذلك، فإنه شرط عند الحنفية ، بحيث إذا لم يحضروا ولم يبدؤوا بالرمي كان ذلك رجوعاً ، فلا يقام الحد. وكذا الحال في التنفيذ بإذن الإمام فهو شرط ، فإن لم يكن فلا ينفذ[4] .

خلاصة القول في أثر مخالفة أصول المحاكمات الشرعية الجزائية :

إن مفهوم وموضوع أثر مخالفة أصول المحاكمات في الشريعة يختلف عنه في القانون الوضعي في بعض الجوانب .كما هو الحال في الإجراءات الماسة بحقوق الأفراد وحرياتهم.

---

(١) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص٢٦٥) .

(٢) (السرخسي/ المبسوط/ ج٩ص٧٢) (ابن تيمية/ السياسة الشرعية/ ص١٥٧) (العز/ قواعد الأحكام/ ج٢ ص١٣٥).

(٣) انظر : (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص١٠) (المواق/ التاج والإكليل/ ج٨ص٤٣٥) (ابن فرحون/ تبصرة الحكام/ ج٢ص١٨٣) .

(٤) (الكاساني/ بدائع الصنائع/ ج٧ص٥٧) (ابن نجيم/ البحر الرائق/ ج٥ص٩) .

وأساس هذا الاختلاف إنما يرجع إلى مدى أبعد من مجرد الخلاف الظاهري ، من أن هذا الإجراء يُبطل الحكم في القانون ولا يُبطله في الشريعة أو العكس .

فالخلاف له جذوره ، وأساس هذا الخلاف إنما هو في نظرة الطرفين إلى مدى تقييد سلطة الدولة ، وبالمقابل مدى إطلاق الحرية الفردية.

فالمعتنقين لمبدأ إطلاق الحرية الفردية حتى لو كان على حساب الجماعة ، منعوا كل تصرف يخالف مبدأ الحرية الفردية ، وليتهم وقفوا عند هذا الحد ، بل أرخوا العنان لإبطال الأحكام لأدنى شك في صحة الإجراءات .

فإن كان القبض غير صحيح أو التفتيش أو غيرهما ، فإن الحكم المبني على أساسها يجوز نقضه ، إما إلى أن تعاد المحاكمة على الوجه الصحيح أو ربما لا تعاد لتعذر تصحيح الخطأ لفوات الوقت على إمكان إعادة مثل هذه الإجراءات .

وهم بهذا يظنون أنهم يحمون حق الفرد مطلقاً دون الموازنة مع حماية حق المجتمع ، وجعلوا بذلك الأحكام القضائية في مهب الريح ، لاختلاف أي شرط أو أي صورة من صور أصول الإجراءات الجزائية ، ليكون المجرم بعدها طليقاً مستهزئاً بالنظام القضائي بأكمله .

ومن الدوافع لذلك عندهم حمل السلطات العامة على عدم التجرؤ على المساس بحقوق الأفراد ، وأن فيه حملاً للجهات المختصة بالتعامل مع الجرائم على مراعاة القوانين ، وهو نوع جزاء للسلطات العامة على مخالفتها القواعد الإجرائية ، وهي وإن كانت أهداف نبيلة في ظاهرها ، إلا أن وسيلتها غير صحيحة ، مما دعا وكلاء الخصومة وهم المحامون في هذا الوقت إلى إساءة استخدام هذه الوسائل ، وصاروا يطعنون في الأحكام لأبسط الإجراءات، حتى بلغت حداً من الإخلال بالنظام القضائي الذي يفترض فيه تحقيق العدالة ، أبعد ما يمكن أن يتصوره عاقل .

من ذلك ما يرويه أحد المحامين في كتابه إذ يقول : « كنت أجلس وزميلي في غرفة المحكمة، محكمة الاستئناف ، ينتظر كلٌ منا دوره ليترافع في قضيته الاستئنافية ، وطلب رئيس المحكمة من مباشر المحكمة أن ينادي على زميلي المحامي ، فنهض هنا

المحامي وقال : أنا هنا يا صاحب الشرف ، فرد عليه رئيس المحكمة : إنك لست هنا لأنك لا تلبس صاقاً أسود ، وأصدر الرئيس قراراً برد الاستئناف لتغيب المستأنف » [1].

فالسؤال : هل يحق أن يفقد صاحب الحق حقه أو حتى أن يتأخر في الوصول لحقه لعدم لبس اللباس الخاص بالمحاكمة ؟

ففي النظام الشرعي لا مانع من اتخاذ إجراء بحق من يخالف أوامر ولي الأمر ، حتى لو كان لباساً خاصاً على فرض أنه أمر به ، لكن الجزاء يجب أن يكون متوازناً مع الفعل .

وهذه نظرة الشريعة للأمور ، فهي توازن بين مصلحة الفرد والجماعة ، فلا تسمح للسلطات العامة بإطلاق اليد بغية الكشف عن الجرائم ، بل لا بد من ضوابط وشروط محددة للتعامل معها .وفوق ذلك لم يخلُ الإجراء المخالف من أثر وأوله الأثر الديني ، وثانيه الضمان لكل ما ينتج عن مثل هذه المخالفات إن أدى إلى ضرر ، وقد يصل إلى العقوبة إذا كان الفعل يستوجب ذلك .

أما أن نسقط الأحكام القضائية وحقوق الله لمخالفة بسيطة أو لمخالفة لها عقاب غير النقض ، فهذا إخلال بالتوازن ، وفيه إضاعة للحقوق ، فالشريعة تجعل لكل فعل مسؤوليته وأثره المناسبين ، وهذا هو معنى التوازن .

ومن ناحية ثانية ، فإن السبب الذي دفع القانونيين إلى إبطال كل إجراء مخالف، وإبطال الأحكام في كثير من الحالات ، أن القانون الوضعي ينقص عن الشريعة بخاصية ، وهي النظرة الدينية الروحية لكل حكم من الأحكام الشرعية . وهو الذي يسد كثيراً من الحاجة إلى إيجاد تقنين يعاقب المخالف ، بل إن العقوبة الأخروية الموعودة كافية في أغلب الأحيان في منع حصول التجاوز ابتداءً .بينما لا يؤمن القانون الوضعي بذلك ، فيقوم بتغطية ذلك بإبطال الأحكام الخطيرة

---

(١) (أنس الخمره/ الدعوى من البداية إلى النهاية/ ص٦) .

بالإجراءات البسيطة .

إلا أن نظرة جديدة بدأت بالظهور تدعو إلى تحقيق التوازن . وأنقل هنا ما دعا إليه بعض شراح القانون الوضعي للمرافعات ، وبه أختم هذا الفصل :

« يتعين على المشرع أن يعمل على تفادي الحكم بالبطلان إذا كان من الممكن معالجة الحال وإزالة الضرر الذي نتج من المخالفة ، بأن ينص على قاعدة عامة بمقتضاها يخول للمحكمة أن تأمر باتخاذ الإجراءات لاستيفاء النقص أو إصلاح الخطأ، فإن كان لا بد من شكلية الإجراءات ، وإذا كان لا بد من وضع جزاء على مخالفة الأوضاع التي ينص عليها القانون بالحكم بالبطلان حتى تحترم تلك الأوضاع ، فمن الواجب أن يمنع المشرع من اتخاذ هذا الجزاء للكيد والمشاكسة والإضرار بالحقوق ، ويتعين عليه إذن ألا يجيز الحكم بالبطلان في كل الأحوال ، إلا إذا استحالت إزالة الضرر الناتج عن المخالفة ، ويتعين عليه في كل الأحوال التي يمكن فيها إزالة الضرر أن يجيز للمحكمة أن تأمر باتخاذ الإجراءات التي من شأنها استيفاء النقص أو إصلاح الخطأ »[1].

---

(١) (أحمد أبو الوفا/ نظرية الدفوع/ ص٣٠٩) .

الخاتمة

وفيها أهم نتائج البحث

بعد أن كنا مع أصول المحاكمات الشرعية الجزائية طيلة خمسة فصول ، كانت النتيجة الخروج بجملة من النتائج الهامة والمفيدة في مجال الدراسة ، وأجعلها خاتمة لهذه الرسالة ، وألخصها فيما يلي :

١- أن أصول المحاكمات الشرعية الجزائية نظام قائم بذاته ، له أسسه الراسخة في كتب الفقه والقضاء والسياسة الشرعية ، وأنه متميز بالأصالة ومتفوق في سهولة التطبيق ، وأنه نظام شامل موحد المصدر ، تسير أحكامه على نسق واضح ، لا ترقيع فيه ولا تشويه ، بل هو وحدة متكاملة تكمل أجزاؤه بعضها بعضاً ، وأن الفقهاء ما تركوا منه شاردة ولا واردة إلا ولهم فيها مقال ، وهم أسبق من أي قانون في شرح وتفصيل أصول المحاكمات بتفاصيل مدهشة تدل على رقي هذا الفقه الإسلامي .

٢- أن مدى فعالية العمل بأصول شرعية جزائية في المحاكمات مرهون بفعالية الأنظمة الشرعية الأخرى ، فإن هذه الأصول حتى لو طبقت تبقى محتاجة إلى تفعيل الشريعة في كل مجالات الحياة حتى تؤتي ثمارها المرجوة ، وأهدافها المرغوبة .

٣- أن أصول المحاكمات الشرعية الجزائية منها ما هو موضوعي ومنها ما هو شكلي ، وحتى الأصول الشكلية منها تحقق مصالح شرعية مطلوبة ، وذلك بالنظر إلى مآلاتها ومقاصدها.

٤- أن أصول المحاكمات الشرعية الجزائية لها تعلق بالعقوبات الشرعية وبعلم القضاء وبأصول المحاكمات المدنية ، إلا أن هذا التعلق لا يلغي الصفة الخاصة

بأصول المحاكمات الشرعية الجزائية ، وبذا تبقى لها استقلاليتها وصورتها الواضحة .

٥- أهمية أصول المحاكمات الشرعية الجزائية نابعة من أهمية الحق الذي تحميه، والهدف الذي تسعى إليه ، وجسامة ما يترتب عليها من أحكام دنيوية .

٦- أن ولاة الأمور مأمورون بإبقاء المجتمع المسلم نظيفاً من الجريمة وخالياً من الفساد ، وأن كل والٍ مأمور بذلك في مجال عمله ، وأن المجتمع المسلم ضرب أروع الأمثلة على مجتمع المثالية الذي تتناقص فيه نسب الجريمة إلى أدنى مستوياتها .

٧- أن المجتمع كلما ازداد إيماناً ورقياً ورفعةً ، كلما قل احتياجه للضوابط والأوامر والمقيدات ، وكلما نقصت هذه المعاني زاد احتياجه للمقيدات والقوانين ، وهذا يفسر تطور أصول المحاكمات الشرعية الجزائية مع سائر الأحكام الأخرى ذات العلاقة على مر الزمان ، حتى وصلت إلى ما نحن عليه نتيجة نقص الإيمان والأمانة .

٨- أن وسائل التحقيق من بحث وكشف وتفتيش وحبس وضرب ، إنما هي وسائل لغايات ، فإذا فقدت الغايات سقطت الوسائل ، وأن لها من الضوابط الشرعية والأوامر المرعية ما يحول دون اتخاذها وسيلة للقهر والظلم وخدمة الأهواء الشخصية ، وولاة الأمر بين متساهل فيها ومتشدد ، والصحيح إعطاء كل ذي حق حقه بما لا يضيع الحقوق ولا ينتهك الحرمات .

٩- أن طريقة تحصيل الحق الجزائي إنما هي بأحد أمرين ، إما الدعوى وهي ما يعرف بدعوى التهمة ، وإما الشهادة وهي ما يعرف بشهادة الحسبة ، ولا يصح قول من قال بدعوى الحسبة ؛ لأنه لا فرق بين هذه الدعوى وغيرها من الدعاوى . أما الحسبة فلا تضاف إلا إلى الشهادة ، والفرق بينهما في المصلحة التي يحميها الطالب ؛ فالقاضي بقبول شهادة الشاهد يقرر أن المصلحة التي

يحاول الطالب حمايتها إنما هي المصلحة العامة فاعتبره شاهداً لا مدعياً ، وكان أمر الادعاء من شأن القاضي نفسه .

أما إذا لم يقبل شهادة الشاهد فإنه يقرر بهذا أن المصلحة التي يحاول حمايتها هذا الطالب إنما هي مصلحة خاصة ، فاعتبره مدعياً لا شاهداً ، وكان أمر الادعاء موكولاً لذات الطالب دون القاضي .

ومن هذا الجانب قال الفقهاء إن حقوق الله تعالى لا يدعى فيها ، وإنما السبيل إلى تحصيلها إنما هو شهادة الحسبة .

١٠- الشريعة تمنح لكل مواطن في دولة الإسلام حصانة من أن يؤخذ بالظنة، وحصانة في إبداء رأيه كما يريد بحدود الشرع ، وحصانة للمحافظة على حريته الشخصية ، ولا فرق في هذه الحصانة بين إنسان وإنسان ، حتى إذا تعدى على حدود الشرع ألغيت الحصانة عن كل فاعل ، حتى لو كان والياً أو وزيراً ، بل إن الأدلة تؤيد عدم وجود حصانة للخليفة (الإمام الأعظم) من حقوق الله تعالى ، فتقام عليه شأنه في ذلك شأن بقية الناس ، ولكن بوسيلة تختلف عن سائر الوسائل .

١١- الحدود الشرعية تؤثر فيها الشبهة بصورة قوية ؛ لأنها لا تقام مع وجود الشبهة ، على خلاف بين العلماء فيما يعتبر شبهة وما لا يعتبر ، لكن منع قيام الحدود لا يعني أن تصبح الأفعال الإجرامية مباحة أو تنتفي عن فاعلها كل أنواع المسؤولية ، وإنما غاية الأمر أن الحد يسقط إلى عقوبة أخرى حفاظاً على حرمات الله وحفاظاً على حقوق الآدميين في بعض الجرائم الحديّة كالسرقة والزنا بالإكراه .

١٢- تمنح الشريعة عملية التقاضي في الجزائيات وغيرها ضمانات حسن سير العدالة ، ابتداءً بالتوكيل في الخصومة ومكان المحاكمة ووقتها وعلانيتها وسريتها وتسهيل التقاضي والمساواة بين الخصوم وسيرة القاضي في

الأحكام، وانتهاءً بنقض الأحكام وأثر مخالفة أصول المحاكمات الشرعية الجزائية .

١٣- أن تنفيذ الأحكام الجزائية يتميز بالبساطة والعدل والاعتدال والانضباط، مع المحافظة على الحرمات الشرعية ، وفوق ذلك كله فإنه يؤدي دوره في زجر الفاعل وردع المشاهدين لتنفيذها عن حرمات الله تعالى .

١٤- أن أصول المحاكمات الشرعية الجزائية منها ما له أثر حال المخالفة، ومنها ما ليس له أثر حالة المخالفة ، والمقصود بالأثر إنما هو الدنيوي .

أما الأثر الأخروي فهو شامل لمعظم حالات المخالفة ، وهذا يبين أهمية عامل المراقبة لله تعالى في سائر مراحل التحاكم إلى الشريعة في الجزائيات .

١٥- أن بيان أثر مخالفة أصول المحاكمات الشرعية الجزائية يوضح مدى التوازن الذي حققته الشريعة بين حق الأمة في العقاب وحق الأفراد في الحرية ، أو بين المصالح الخاصة والمصلحة العامة ، وهذا ما فشلت في تحقيقه بقية القوانين التي أرادت حماية الفرد ، فأفسدت مصلحة الجماعة ، وكذلك القوانين التي أرادت حماية مصلحة الجماعة متناسية أهمية مصلحة الفرد وحقوقه .

وبذا نفهم معنى قوله تعالى :

﴿ أَفَلَا يَتَدَبَّرُونَ ٱلْقُرْءَانَ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِندِ غَيْرِ ٱللَّهِ لَوَجَدُوا۟ فِيهِ ٱخْتِلَٰفًا كَثِيرًا ﴾[1]. صدق الله العظيم.

(١) (سورة النساء ، آية رقم ٨٢) .

التوصيات

يوصي الباحث بجملة من التوصيات والمقترحات:

١ - إعادة صياغة قانون أصول المحاكمات الجزائية على أساس أحكام الشريعة الغراء، وتطبيق القضاء الشرعي الإسلامي في الجزائيات وعلى وجه الخصوص في الحدود ، ليكتسب صفة الشرعية مع مراعاة أن يكون ذلك ضمن عودة شاملة لأحكام الشريعة في كل قطاعات الحياة ، لتكوين الصورة الإسلامية المتكاملة. مع مراعاة تحقيق التوازن بين حق الأفراد وحق الجماعة .

٢- اعتماد الأسس الشرعية في التحقيق والتفتيش والبحث والكشف وفي رفع الدعوى والنظر فيها ، وأصول البينات الجزائية والإبرام والنقض والتنفيذ . واتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لضمان حسن سير عملية التقاضي في الجزائيات من تعدد القضاة ، وعلانية المحاكمة، والمساواة أمام القضاء.والتوكيل بالخصومة بشروطها الشرعية اللازمة.

٣- تفعيل الولايات الشرعية ومنها إنشاء هيئة للأمر بالمعروف إذا ظهر تركه ، وللنهي عن المنكر إذا ظهر فعله ، ويوكل الأمر فيها للمؤهلين شرعياً وتربوياً وإدارياً ، مما يساعد في إشاعة الفضيلة ومنع الرذيلة ، وإبقاء الجريمة في أدنى مستوياتها.

٤- تخصيص مساقات لأصول المحاكمات الشرعية بكل فروعها في كليات الشريعة والحقوق وفي كافة المستويات التعليمية الجامعية . مع عقد دورات للقضاة تدرس فيها هذه الأصول .

قائمة المصادر

القرآن الكريم وعلومه

١) القرآن الكريم .

٢) الألوسي، محمود، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي - بيروت .

٣) البغوي، الحسين بن مسعود، معالم التنزيل، تحقيق : خالد العك و مروان سوار، دار المعرفة - بيروت، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م .

٤) البيضاوي، عبد الله بن عمر الشيرازي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل (تفسير البيضاوي)، وبهامشه حاشية أبي الفضل القرشي الصديقي الخطيب الشربيني/مغني المحتاج/ج المشهور بالكازروني، مؤسسة شعبان للنشر والتوزيع - بيروت .

٥) الثعالبي، عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات - بيروت .

٦) الجصاص، أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، دار الفكر - بيروت.

٧) ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي، زاد المسير في علم التفسير، المكتب الإسلامي - بيروت، ط٣ - ١٤٠٤هـ .

٨) حجازي، محمد محمود، التفسير الواضح، دار الكتاب العربي - بيروت، ط١ - ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م .

٩) السيوطي، عبد الرحمن بن الكمال، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، دار الفكر - بيروت، ١٩٩٣م .

١٠) الشافعي، محمد بن إدريس، أحكام القرآن، تحقيق : د. عبد الغني عبد الخالق، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٠٠هـ .

١١) الشوكاني، محمد بن علي، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار الفكر - بيروت .

١٢) القاضي، عبد الفتاح، أسباب النزول عن الصحابة والمفسرين، دار المصحف (شركة مكتبة ومطبعة عبد الرحمن محمد) - بيروت، ط١ .

١٣) القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق : أحمد عبد العليم البردوني، دار الشعب - القاهرة، ط٢ - ١٣٧٢هـ .

١٤) ابن كثير، إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، دار الفكر - بيروت، ١٤٠١هـ.

١٥) النسفي، عبد الله بن أحمد بن محمود، تفسير النسفي، دار الكتاب العربي - بيروت، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م .

١٦) الواحدي، علي بن أحمد، الوجيز في تفسير الكتاب العزيز (تفسير الواحدي)، تحقيق : صفوان عدنان الداوودي، دار القلم - دمشق/ الدار الشامية - بيروت، ١٤١٥هـ .

الحديث النبوي الشريف

١٧) ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق : كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض، ط١ - ١٤٠٩هـ .

١٨) الأزدي، معمر بن راشد، الجامع، تحقيق : حبيب الأعظمي، (ملحق بكتاب المصنف للصنعاني)، المكتب الإسلامي -بيروت، ط٢- ١٤٠٣هـ.

١٩) الأصبهاني، أحمد بن عبد الله بن أحمد، مسند الإمام أبي حنيفة، تحقيق : نظر محمد الفاريابي، مكتبة الكوثر - الرياض، ط١ - ١٤١٥هـ .

٢٠) الباغندي، محمد بن محمد بن سليمان، مسند أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة علوم القرآن - دمشق، ١٤٠٤هـ .

٢١) البخاري، محمد بن إسماعيل، الأدب المفرد، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، دار البشائر الإسلامية - بيروت، ط٣ - ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م .

٢٢) البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح المختصر، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير/ اليمامة - بيروت، ط٣ - ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م .

٢٣) البزار، أحمد بن عمرو، البحر الزخار (مسند البزار)، تحقيق : د. محفوظ الرحمن زين الله، مؤسسة علوم القرآن - بيروت/ مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، ط١ - ١٤٠٩هـ .

٢٤) البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الصغرى، تحقيق : د. محمد ضياء الرحمن الأعظمي، مكتبة الدار - المدينة المنورة، ط١ - ١٤١٠هـ/ ١٩٨٩م .

٢٥) البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، تحقيق : محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م .

٢٦) البيهقي، أحمد بن الحسين، شعب الإيمان، تحقيق : محمد السعيد بسيوني زغلول، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤١٠هـ .

٢٧) الترمذي، محمد بن علي بن الحسن، نوادر الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق: د.عبدالرحمن عميرة، دار الجيل - بيروت، ط١ - ١٩٩٢م .

٢٨) الترمذي، محمد بن عيسى، الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، تحقيق : أحمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي - بيروت .

٢٩) ابن الجعد، علي بن الجعد، مسند ابن الجعد، تحقيق : عامر أحمد حيدر، مؤسسة نادر- بيروت، ط١ - ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م .

٣٠) ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي، العلل المتناهية في الأحاديث الواهية، تحقيق : خليل الميس، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤٠٣هـ .

٣١) ابن حبان، محمد بن حبان، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق : شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٢ - ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.

٣٢) ابن حجر، أحمد بن علي، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق : عبد الله هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة، ١٣٨٤هـ/ ١٩٦٤م .

٣٣) ابن حجر، أحمد بن علي، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق : السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة - بيروت .

٣٤) ابن حجر، أحمد بن علي، تغليق التعليق على صحيح البخاري، تحقيق : سعيد عبد الرحمن موسى القزقي، المكتب الإسلامي - بيروت، دار عمار - عمّان، ط١ - ١٤٠٥هـ .

٣٥) ابن خزيمة، محمد بن إسحاق، صحيح ابن خزيمة، تحقيق : د. محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي - بيروت، ١٣٩٠هـ/ ١٩٧٠م .

٣٦) الخلال، أحمد بن محمد بن هارون، السنـــــة، تحقيق : د. عطية الزهراني، دار الراية - الرياض، ط١ - ١٤١٠هـ .

٣٧) الدارقطني، علي بن عمر، العلل الواردة في الأحاديث النبوية، تحقيق : د. محفوظ الرحمن زين الله السلفي، دار طيبة - الرياض، ط١ - ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م .

٣٨) الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدارقطني، تحقيق : السيد عبد الله هاشم يماني، دار المعرفة - بيروت، ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م .

٣٩) الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمن، سنن الدارمي، تحقيق : فواز أحمد زمرلي وخالد السبع العلمي، دار الكتاب العربي - بيروت، ط١ - ١٤٠٧هـ .

٤٠) أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق : محمد محيي الدين عبدالحميد، دار الفكر .

٤١) الديلمي، شيرويه بن شهردار، الفردوس بمأثور الخطاب، تحقيق : السعيد ابن بسيوني زغلول، دار الكتب العلمية – بيروت، ط١ – ١٩٨٦م .

٤٢) ابن راهويه، إسحاق بن إبراهيم بن مخلد، مسند إسحاق بن راهويه، تحقيق : د. عبدالغفور بن عبد الحق البلوشي، مكتبة الإيمان - المدينة المنورة، ط١ - ١٤١٢هـ/ ١٩٩١م .

٤٣) الربيع، الربيع بن حبيب بن عمر، الجامع الصحيح مسند الإمام الربيع بن حبيب، تحقيق : محمد إدريس وعاشور بن يوسف، دار الحكمة - بيروت/ مكتبة الاستقامة - سلطنة عُمان، ط١ - ١٤١٥هـ .

٤٤) الروياني، محمد بن هارون، مسند الروياني، تحقيق : أيمن علي أبو يماني، مؤسسة قرطبة - القاهرة، ط١ - ١٤١٦هـ .

٤٥) الزيلعي، عبد الله بن يوسف، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق : محمد يوسف البنوري، دار الحديث - مصر، ١٣٥٧هـ .

٤٦) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي، تحقيق : عبد الوهاب عبد اللطيف، مكتبة الرياض الحديثة - الرياض .

٤٧) الشاشي، الهيثم بن كليب، المسند، تحقيق : د. محفوظ الرحمن زين الله، مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، ط١ - ١٤١٠هـ .

٤٨) الشافعي، محمد بن إدريس، مسند الشافعي، دار الكتب العلمية - بيروت .

٤٩) الشيباني، أحمد بن عمرو بن الضحاك، الآحاد والمثاني، تحقيق : د. باسم فيصل الجوابرة، دار الراية - الرياض، ط١ - ١٤١١هـ/ ١٩٩١م .

٥٠) الشيباني، عمرو بن أبي عاصم الضحاك، السنة، تحقيق : محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي - بيروت، ط١ - ١٤٠٠هـ .

٥١) الصنعاني، عبد الرزاق بن همام، المصنف، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي - بيروت، ط٢ - ١٤٠٣هـ .

٥٢) الطبراني، سليمان بن أحمد، الروض الداني (المعجم الصغير)، تحقيق : محمد شكور محمود الحاج أمرير، المكتب الإسلامي - بيروت/ دار عمار - عمان، ط١- ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م .

٥٣) الطبراني، سليمان بن أحمد، المعجم الأوسط، تحقيق : طارق بن عوض الله، وعبدالمحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين - القاهرة، ١٤١٥هـ .

٥٤) الطبراني، سليمان بن أحمد، المعجم الكبير، تحقيق : حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة العلوم والحكم - الموصل، ط٢ - ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٣م .

٥٥) الطبراني، سليمان بن أحمد، مسند الشاميين، تحقيق : حمدي بن عبد المجيد السلفي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط١ - ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٤م .

٥٦) الطيالسي، سليمان بن داود، مسند أبي داود الطيالسي، دار المعرفة - بيروت .

٥٧) العجلوني، إسماعيل بن محمد، كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، تحقيق : أحمد القلاش، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٤ - ١٤٠٥هـ.

٥٨) أبو عوانة، يعقوب بن إسحاق، مسند أبي عوانة، تحقيق : أيمن عارف الدمشقي، دار المعرفة - بيروت، ط١ - ١٩٩٨م .

٥٩) القضاعي، محمد بن سلامة، مسند الشهاب، تحقيق : حمدي بن عبد المجيد السلفي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٢ - ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٦م .

٦٠) الكناني، أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل، مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، تحقيق: محمد المنتقى الكشناوي، دار العربية - بيروت، ط٢ - ١٤٠٣هـ .

٦١) ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر - بيروت .

٦٢) المقدسي، محمد بن عبد الواحد، الأحاديث المختارة، تحقيق : عبد الملك بن عبد الله ابن دهيش، مكتبة النهضة الحديثة - مكة المكرمة، ط١ - ١٤١٠هـ .

٦٣) ابن الملقن، عمر بن علي، خلاصة البدر المنير في تخريج كتاب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق : حمدي عبد المجيد السلفي، مكتبة الرشد - الرياض، ط١ - ١٤١٠هـ .

٦٤) ابن منده، محمد بن إسحاق، الإيمان، تحقيق: د. علي بن محمد بن ناصر الفقيهي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٢ - ١٤٠٦هـ .

٦٥) ابن منصور، سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، تحقيق : د. سعد ابن عبد الله آل حميد، دار العصيمي - الرياض، ط١ - ١٤١٤هـ .

٦٦) النسائي، أحمد بن شعيب، السنن الكبرى، تحقيق : د. عبد الغفار البنداري وسيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤١١هـ/ ١٩٩١م .

٦٧) النسائي، أحمد بن شعيب، المجتبى من السنن، تحقيق : عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامي - حلب، ط٢ - ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م .

٦٨) النسائي، أحمد بن شعيب، عمل اليوم والليلة، تحقيق : د. فاروق حمادة، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٢ - ١٤٠٦هـ .

٦٩) النيسابوري، محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرك على الصحيحين، تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤١١هـ/ ١٩٩٠م .

٧٠) النيسابوري، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت .

٧١) الهيثمي، علي بن أبي بكر، بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث، تحقيق : د. حسين أحمد صالح الباكري، مركز خدمة السنة والسيرة النبوية - المدينة المنورة، ط١ - ١٤١٣هـ /١٩٩٢م .

٧٢) الهيثمي، علي بن أبي بكر، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار الريان للتراث - القاهرة/ دار الكتاب العربي - بيروت، ١٤٠٧هـ .

٧٣) الهيثمي، علي بن أبي بكر، موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان، تحقيق : محمد عبد الرزاق حمزة، دار الكتب العلمية - بيروت .

٧٤) أبو يعلى، أحمد بن علي، مسند أبي يعلى، تحقيق : حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث - دمشق، ط١ - ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م .

أحاديث الأحكام وشروح الحديث

٧٥) ابن دقيق العيد، محمد بن علي بن وهب، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، تقديم: محمد زاهد الكوثري، مكتبة الثقافة الإسلامية، ط١ - ١٣٧١هـ/ ١٩٥١م .

٧٦) ابن دقيق العيد، محمد بن علي بن وهب، عمدة الأحكام، دار الكتب العلمية - بيروت .

٧٧) ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، دار المعرفة - بيروت، ط١ - ١٤٠٨هـ .

٧٨) ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق : مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب، ١٣٨٧هـ .

٧٩) ابن قتيبة، عبد الله بن مسلم، تأويل مختلف الحديث، تحقيق : محمد زهري النجار، دار الجيل - بيروت، ١٣٩٣هـ/ ١٩٧٢م .

٨٠) أبو المحاسن، يوسف بن موسى الحنفي، المعتصر من المختصر من مشكل الآثار، عالم الكتب - بيروت/ مكتبة المتنبي - القاهرة .

٨١) الباجي، سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، دار الكتاب الإسلامي .

٨٢) البغدادي، أحمد بن علي بن ثابت الخطيب، الجامع لأخلاق الراوي وآداب السامع، تحقيق : د. محمود الطحان، مكتبة المعارف - الرياض، ١٤٠٣هـ.

٨٣) ابن حجر، أحمد بن علي، هدي الساري مقدمة فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، ومحب الدين الخطيب دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩هـ.

٨٤) ابن حجر، أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي ومحب الدين الخطيب، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩ .

٨٥) الزرقاني، محمد بن عبد الباقي، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤١١هـ .

٨٦) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، تنوير الحوالك شرح موطأ مالك، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، ١٣٨٩هـ/ ١٩٦٩م .

٨٧) الشافعي، محمد بن إدريس، اختلاف الحديث، تحقيق : عامر أحمد حيدر، مؤسسة الكتب الثقافية - بيروت، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م .

٨٨) الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، دار التراث .

٨٩) الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ١٣٧٩هـ

٩٠) الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار الحديث .

٩١) الطحاوي، أحمد بن محمد، شرح معاني الآثار، دار المعرفة .

٩٢) الطحاوي، أحمد بن محمد، مشكل الآثار، دار الكتب العلمية، ١٩٩٥م .
٩٣) العراقي، عبد الرحيم بن الحسين، طرح التثريب في شرح التقريب، دار الفكر العربي.
٩٤) العظيم آبادي، محمد شمس الحق، عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار الكتب العلمية - بيروت، ط٢ - ١٤١٥هـ .
٩٥) المباركفوري، محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم، تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، دار الكتب العلمية - بيروت .
٩٦) المروزي، عبدالله بن المبارك، الزهد ويليه الرقائق، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي، دار الكتب العلمية - بيروت .
٩٧) المناوي، عبد الرؤوف، فيض القدير شرح الجامع الصغير، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، ١٣٥٦هـ .
٩٨) النووي، يحيى بن شرف، صحيح مسلم بشرح النووي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط٢ - ١٣٩٢م .

الفقه الحنفي

٩٩) الأنصاري، يعقوب بن إبراهيم، الآثار، تحقيق : أبي الوفا، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٣٥٥هـ .
١٠٠) البابرتي، محمد بن محمود، العناية على الهداية، دار الفكر، ط٢ - ١٩٧٧م.
١٠١) البغدادي، غانم بن محمد، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي .
١٠٢) البلخي، نظام، الفتاوى الهندية لجماعة من علماء الهند، (وبهامشه فتاوى قاضيخان للإمام فخر الدين الأوزجندي الفرغاني الحنفي)، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط٣ - ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م .
١٠٣) جمعية المجلة، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق : نجيب هواويني، نشر : كارخانه تجارت كتب .
١٠٤) حيدر، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ترجمة : فهمي الحسيني، دار الجيل - بيروت، ١٩٩١م .
١٠٥) داماد أفندي، عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي - القاهرة، ١٩٩٠م .
١٠٦) الدهلوي، أحمد بن عبد الرحيم ولي الله، الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف، تحقيق : عبد الفتاح أبو غدة، دار النفائس - بيروت، ط٢ - ١٤٠٤هـ .
١٠٧) الزيلعي، عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، (وبهامشه حاشية الإمام السلمي)، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت، ط٢، أعيد طبعه بالأوفست، الطبعة الأولى ١٣١٣هـ بالمطبعة الكبرى الأميرية ببولاق .

١٠٨) السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.

١٠٩) السرخسي، محمد بن أحمد، شرح السير الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني، الشركة الشرقية للإعلانات .

١١٠) السغدي، علي بن الحسين، النتف في الفتاوى، تحقيق : د. صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة - بيروت/ دار الفرقان - عمان، ط٢ - ١٤٠٤هـ.

١١١) السمرقندي، محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤٠٥هـ .

١١٢) الشرنبلالي، حسن الوفائي، نور الإيضاح ونجاة الأرواح، دار الحكمة - دمشق، ١٩٨٥م.

١١٣) الشيباني، أحمد بن عمرو، الديات، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي، ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م .

١١٤) الشيباني، محمد بن الحسن، السير، تحقيق : مجيد خدوري، الدار المتحدة للنشر - بيروت، ط١ - ١٩٧٥م .

١١٥) الطحاوي، أحمد بن محمد، مختصر اختلاف العلماء، تحقيق : د. عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامي - بيروت، ط٢ - ١٤١٧هـ .

١١٦) الطحطاوي، أحمد بن محمد بن إسماعيل، حاشية على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، مكتبة البابي الحلبي - مصر، ط٣- ١٤١٨هـ .

١١٧) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، دار المعرفة .

١١٨) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، (ويليه تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده - مصر، طبعة ثانية، ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦م .

١١٩) العبادي، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية .

١٢٠) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة - بيروت .

١٢١) ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، فتح القدير شرح الهداية، (ومعه شرح العناية على الهداية للبابرتي، وحاشية سعد الله المشهود بسعدي جلبي)، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط أولى - ١٣٨٩هـ/ ١٩٧٠م .

١٢٢) الغزنوي، عمر، الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، تحقيق : محمد زاهد الكوثري، مكتبة الإمام أبي حنيفة - بيروت، ط٢ - ١٩٨٨م .

١٢٣) الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي - بيروت، ط٢ - ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م .

١٢٤) المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية - بيروت .

١٢٥) المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، تحقيق : حامد إبراهيم كرسون ومحمد عبد الوهاب بحيري، مطبعة محمد علي صبيح - القاهرة، ط١ - ١٣٥٥هـ .

١٢٦) منلاخسرو، محمد بن فراموز، درر الحكام في شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية .

الفقه المالكي

١٢٧) الأصبحي، مالك بن أنس، المدونة، (ومعه تزيين الممالك بمناقب سيدنا الإمام مالك للسيوطي، ومناقب سيدنا الإمام مالك للشيخ عيسى الزواوي)، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م .

١٢٨) الثعلبي، عبد الوهاب بن علي، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق : محمد ثالث سعيد الغاني، المكتبة التجارية - مكة المكرمة، ط١ - ١٤١٥هـ .

١٢٩) ابن جزي، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، بدون اسم وتاريخ النشر .

١٣٠) ابن الحاج، محمد بن محمد العبدري المالكي، المدخل، دار التراث .

١٣١) الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، (وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق)، دار الفكر - القاهرة، ط٣ - ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

١٣٢) الخرشي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، (وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي)، دار صادر - بيروت .

١٣٣) ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر - بيروت .

١٣٤) الدردير، سيدي أحمد، الشرح الكبير، تحقيق : محمد عليش، دار الفكر - بيروت .

١٣٥) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق : محمد عليش، دار إحياء الكتب العربي/ دار الفكر - بيروت .

١٣٦) الرصاع، محمد بن قاسم الأنصاري، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة)، المكتبة العلمية .

١٣٧) السنوسي، أبو عبد الله، متن السنوسية . بدون اسم وتاريخ النشر .

١٣٨) الصاوي، أحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير)، دار المعارف - مصر .

١٣٩) العدوي، علي الصعيدي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، دار الفكر .

١٤٠) عليش، محمد بن أحمد، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، (وبهامشه تبصرة الحكام للإمام ابن فرحون اليعمري المالكي)، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، الطبعة الأخيرة - ١٣٧٨هـ/ ١٩٥٨م .

١٤١) عليش، محمد بن أحمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر .

١٤٢) الفاسي، محمد بن أحمد ميارة، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام (شرح ميارة)، دار المعرفة .

١٤٣) القيرواني، صالح عبد السميع الآبي الأزهري، الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية - بيروت .

١٤٤) القيرواني، عبد الله بن أبي زيد، رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر - بيروت .

١٤٥) الكافي، محمد بن يوسف، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، (على منظومة فيما يلزم القضاة من الأحكام في مذهب الإمام مالك بن أنس، للعلامة أبي بكر محمد بن محمد ابن عاصم الأندلسي الغرناطي، شرح وتعليق : مأمون ابن محيي الدين الجنان، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م .

١٤٦) المالكي، أبو الحسن، كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، تحقيق: الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر - بيروت .

١٤٧) المالكي، خليل بن إسحاق بن موسى، مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة، تحقيق : أحمد علي حركات، دار الفكر - بيروت، ١٤١٥هـ .

١٤٨) المواّق، محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية .

١٤٩) النفراوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر - بيروت، ١٤١٥هـ .

١٥٠) الوادياشي، عمر بن علي بن أحمد، تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، تحقيق : عبد الله بن سعاف اللحياني، دار حراء - مكة، ط١ - ١٤٠٦هـ .

الفقه الشافعي

١٥١) ابن الأخوة، محمد بن محمد بن أحمد، معالم القربة في معالم الحسبة، عني بنقله وتصحيحه : روبن ليوي، مطبعة دار الفنون - كمبردج .

١٥٢) الأنصاري، زكريا، أسنى المطالب شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي .

١٥٣) الأنصاري، زكريا، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، المطبعة الميمنية .

١٥٤) الأنصاري، زكريا، منهج الطلاب، دار المعرفة - بيروت .

١٥٥) الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤١٨هـ .

١٥٦) البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر، التجريد لنفع العبيد (حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ١٣٦٩هـ/ ١٩٥٠م.

١٥٧) البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر، تحفة الحبيب على شرح الخطيب (حاشية البجيرمي على الخطيب)، دار الفكر - بيروت .

١٥٨) الجاوي، محمد بن عمر بن علي، نهاية الزين في إرشاد المبتدئين، دار الفكر - بيروت، ط١ .

١٥٩) ابن جماعة، بدر الدين، تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام، تحقيق : د. فؤاد عبد المنعم أحمد، طبع مؤسسة الخليج للنشر والطباعة - قطر، إشراف: رئاسة المحاكم الشرعية والشؤون الدينية - قطر، ط٢ - ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م .

١٦٠) الجمل، الشيخ سليمان، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب (حاشية الجمل على شرح المنهج)، دار الفكر، دار إحياء التراث العربي - بيروت .

١٦١) الجويني، عبد الملك بن عبد الله، الاجتهاد من كتاب التلخيص، تحقيق : د. عبد الحميد أبو زنيد، دار القلم - دمشق/ دارة العلوم الثقافية - بيروت، ط١ - ١٤٠٨هـ.

١٦٢) الجويني، عبد الملك بن عبد الله، غياث الأمم في التياث الظلم (الغياثي)، تحقيق: د.عبدالعظيم الديب، طبع على نفقة الشؤون الدينية بدولة قطر، ط١ - ١٤٠٠هـ .

١٦٣) الحضرمي، عبد الله عبد الرحمن بافضل، المقدمة الحضرمية (مسائل التعليم)، تحقيق : ماجد الحموي، الدار المتحدة - دشق، ط٢ - ١٤١٣هـ .

١٦٤) الدمياطي، السيد البكري بن السيد محمد شطا، حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين، دار الفكر - بيروت .

١٦٥) ابن رسلان، أحمد بن رسلان، متن الزبد في علم الفقه على مذهب الإمام الشافعي، دار الفكر - بيروت، ط١ - ١٤١٨هـ/١٩٩٧م .

١٦٦) الرملي، أحمد بن حمزة، فتاوى الرملي، المكتبة الإسلامية .

١٦٧) الرملي، محمد بن أحمد، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان، دار المعرفة - بيروت .

١٦٨) الرملي، محمد بن أحمد، نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج، (ومعه حاشية أبي الضياء نور الدين الشبراملسي، وحاشية المغربي الرشيدي)، دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م .

١٦٩) السبكي، تقي الدين علي بن عبد الكافي، فتاوى السبكي، دار المعارف .

١٧٠) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، تقرير الاستناد في تفسير الاجتهاد، تحقيق : د.فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة - الإسكندرية، ط١ - ١٤٠٣هـ .

١٧١) الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، تحقيق : محمد زهري النجار، دار المعرفة - بيروت، ١٩٩٠م .

١٧٢) الشافعي، محمد بن إدريس، جماع العلم، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤٠٥هـ.

١٧٣) أبو شجاع، أحمد بن الحسين بن أحمد، التذهيب في أدلة متن الغاية والتقريب، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا، دار الإمام البخاري - دمشق، ط١ - ١٣٩٨هـ/ ١٩٨٧م .

١٧٤) الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات بدار الفكر، دار الفكر - بيروت، ١٤١٥هـ .

١٧٥) الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق : علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط١ - ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م .

١٧٦) الشرواني، عبد الحميد، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار الفكر - بيروت .

١٧٧) الشيرازي، إبراهيم بن علي، التنبيه في الفقه الشافعي، تحقيق : عماد الدين أحمد حيدر، عالم الكتب - بيروت، ط١ - ١٤٠٣هـ .

١٧٨) الشيرازي، إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر - بيروت .

١٧٩) الشيزري، عبد الرحمن بن نصر، نهاية الرتبة في طلب الحسبة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، قام على نشره : السيد الباز العريني، إشراف : محمد مصطفى زياده - القاهرة، ١٣٦٥هـ/ ١٩٤٦م .

١٨٠) الغزالي، محمد بن محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، تحقيق : أحمد محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر، دار السلام - القاهرة، ط١ - ١٤١٧هـ .

١٨١) القفال، محمد بن أحمد الشاشي، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، تحقيق : د.ياسين درادكة، مؤسسة الرسالة - بيروت/ دار الأرقم - عمان، ط١ - ١٤٠٠هـ .

١٨٢) القلعي، محمد بن علي، تهذيب الرياسة وترتيب السياسة، تحقيق : إبراهيم يوسف مصطفى عجو، مكتبة المنار - الزرقاء، ط١ - ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م .

١٨٣) قليوبي وعميرة، شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج، دار إحياء الكتب العربية .

١٨٤) الماوردي، علي بن محمد حبيب، أدب الدنيا والدين، دار مكتبة الحياة .

١٨٥) الماوردي، علي بن محمد حبيب، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٩٨٢م .

١٨٦) الماوردي، علي بن محمد حبيب، الإقناع، بدون اسم وتاريخ النشر .

١٨٧) المليباري، زين الدين بن عبد العزيز، فتح المعين بشرح قرة العين، دار الفكر - بيروت.

١٨٨) النووي، يحيى بن شرف، آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، تحقيق : بسام عبد الوهاب الجابي، دار الفكر - دمشق، ط١ - ١٤٠٨هـ .

١٨٩) النووي، يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، حققه وعلق عليه وأكمله بعد نقصانه: محمد بخيت المطيعي، مطابع المختار الإسلامي/ دار السلام - القاهرة / مكتبة الإرشاد - جدة، ١٩٨٠م .

١٩٠) النووي، يحيى بن شرف، دقائق المنهاج، تحقيق : إياد أحمد الغوج، المكتبة المكية - مكة المكرمة، ط١ - ١٩٩٦م .

١٩١) النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي - بيروت، ط٢ - ١٤٠٥هـ .

١٩٢) النووي، يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المعرفة - بيروت .

١٩٣) الهيتمي، أحمد بن محمد بن حجر، الفتاوى الفقهية الكبرى (فتاوى ابن حجر)، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م .

١٩٤) الهيتمي، أحمد بن محمد بن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي.

الفقه الحنبلي

١٩٥) البعلي، محمد بن أبي الفتح، المطلع على أبواب الفقه، تحقيق : محمد بشير الأدلبي، المكتب الإسلامي - بيروت، ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م .

١٩٦) ابن بلبان، محمد بن بدر الدين، أخصر المختصرات في الفقه على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل، تحقيق : محمد ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامي - بيروت، ط١ - ١٤١٦هـ.

١٩٧) البهوتي، منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستنقع، مكتبة الرياض الحديثة - الرياض، ١٣٩٠هـ .

١٩٨) البهوتي، منصور بن يونس، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى (شرح منتهى الإرادات)، عالم الكتب - بيروت، ط٢ - ١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م .

١٩٩) البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق : هلال مصيلحي ومصطفى هلال، دار الكتب العلمية/ دار الفكر - بيروت، ١٤٠٢هـ .

٢٠٠) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، مكتبة ابن تيمية .

٢٠١) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، تحقيق وتعليق : محمد عبد القادر عطا، ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٩٨٧م .

٢٠٢) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، شرح العمدة في الفقه، تحقيق : د. سعود العطيشان، مكتبة العبيكان - الرياض، ط١ - ١٤١٣هـ .

٢٠٣) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، تحقيق : عبد الرحمن محمد قاسم العاصمي النجدي، مكتبة ابن تيمية .

٢٠٤) ابن تيمية، عبد السلام بن عبد الله، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف - الرياض، ط٢ - ١٤٠٤هـ .

٢٠٥) الخرقي، عمر بن الحسين، مختصر الخرقي من مسائل الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق : زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت، ط٣ - ١٤٠٣هـ .

٢٠٦) الرحيباني، مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي - دمشق، ط١ - ١٣٨٠هـ/ ١٩٦١م .

٢٠٧) السفاريني، غذاء الألباب شرح منظومة الآداب، مطبعة الحكومة - مكة المكرمة، ١٣٩٣هـ .

٢٠٨) ضويان، إبراهيم بن محمد، منار السبيل في شرح الدليل، تحقيق : عصام القلعجي، مكتبة المعارف - الرياض، ط٢ - ١٤٠٥هـ .

٢٠٩) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت، ط٥ - ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م .

٢١٠) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني، دار الفكر - بيروت، ط١ - ١٤٠٥هـ .

٢١١) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، عمدة الفقه، تحقيق: عبد الله سفر العبدلي ومحمد دغيليب العتيبي، مكتبة الطرفين - الطائف .

٢١٢) ابن القيم، محمد بن أبي بكر الزرعي، أحكام أهل الذمة، تحقيق : يوسف أحمد البكري وشاكر توفيق العاروري، رمادي للنشر - الدمام/ دار ابن حزم - بيروت، ط١ - ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م .

٢١٣) ابن القيم، محمد بن أبي بكر الزرعي، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية .

٢١٤) ابن القيم، محمد بن أبي بكر الزرعي، الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان .

٢١٥) الكرمي، مرعي بن يوسف، دليل الطالب على مذهب الإمام المبجل أحمد ابن حنبل، المكتب الإسلامي، - بيروت، ١٣٨٩هـ .

٢١٦) ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي - بيروت، ١٤٠٠هـ

٢١٧) ابن مفلح، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، الآداب الشرعية والمنح المرعية، مؤسسة قرطبة - القاهرة .

٢١٨) ابن مفلح، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، الفروع، إشراف وضبط: عبد اللطيف محمد السبكي، عالم الكتب - بيروت، ط٣ - ١٣٧٩هـ/ ١٩٦٠م .

٢١٩) المرداوي، علاء الدين بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تصحيح وتحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م.

المذاهب الأخرى

٢٢٠) اطفيش، محمد بن يوسف بن عيسى، شرح النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد - جده، ١٣٢٢هـ/ ١٩١٤م .

٢٢١) ابن حزم، علي بن أحمد، المحلى، تحقيق : د. عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م .

٢٢٢) ابن حزم، علي بن أحمد، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، دار الكتب العلمية - بيروت .
٢٢٣) الشوكاني، محمد بن علي، الأدلة الرضية لمتن الدرر البهية في المسائل الفقهية، تحقيق : محمد صبحي الحلاق، دار الندى - بيروت، ط١ - ١٤١٣هـ .
٢٢٤) الشوكاني، محمد بن علي، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق : محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤٠٥هـ .
٢٢٥) الصنعاني، أحمد بن قاسم، التاج المذهب لأحكام المذهب، مكتبة اليمن الكبرى .
٢٢٦) العاملي، زين الدين بن علي بن احمد العاملي، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، دار العالم الإسلامي .
٢٢٧) المحقق الحلي، جعفر بن الحسن بن يحيى، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، مؤسسة مطبوعاتي اسماعليان .
٢٢٨) المرتضى، المهدي لدين الله أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، دار الكتاب الإسلامي .

أصول الفقه وقواعده

٢٢٩) الآمدي، علي محمد، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق : د. سيد الجميلي، دار الكتاب العربي - بيروت، ط١- ١٤٠٤هـ .
٢٣٠) ابن أمير الحاج، محمد بن محمد بن محمد بن حسن، التقرير والتحبير في شرح التحرير، الطبعة الكبرى الأميرية، ط١ - ١٣١٦هـ ط٢ - ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م .
٢٣١) البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن احمد، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي .
٢٣٢) ابن بدران، عبد القادر، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، تحقيق : د. عبدالله ابن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٢ - ١٤٠١هـ .
٢٣٣) البصري، محمد بن علي بن الطيب، المعتمد في أصول الفقه، تحقيق : خليل الميس، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤٠٣هـ .
٢٣٤) البورنو، محمد صديق أحمد، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٥ - ١٤١٩هـ/١٩٩٨م .
٢٣٥) التفتزاني، سعد الدين مسعود بن عمر، التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح - مصر.
٢٣٦) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق : محمد حامد الفقي، دار المعرفة - بيروت، ١٣٩٩هـ.

٢٣٧) الجويني، عبد الملك بن عبد الله، البرهان في أصول الفقه، تحقيق : د. عبد العظيم محمود الديب، الوفاء - المنصورة، ط٤ - ١٤١٨هـ .

٢٣٨) ابن حزم، علي بن أحمد، النبذة الكافية في أحكام أصول الدين، تحقيق : محمد أحمد عبد العزيز، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤٠٥هـ .

٢٣٩) الحموي، أحمد بن محمد الحنفي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية .

٢٤٠) الرازي، محمد بن عمر بن الحسين، المحصول في علم الأصول، تحقيق : طه جابر العلواني، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض، ط١ - ١٤٠٠هـ .

٢٤١) ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، القواعد، دار المعرفة .

٢٤٢) الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه : مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم - دمشق، ط٢ - ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م .

٢٤٣) الزركشي، محمد بن بهادر، البحر المحيط، دار الكتبي .

٢٤٤) الزركشي، محمد بن بهادر، المنثور في القواعد، تحقيق : د. تيسير فائق أحمد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، ط٢ - ١٤٠٥هـ .

٢٤٥) الزنجاني، محمود بن أحمد، تخريج الفروع على الأصول، تحقيق : د. محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة - بيروت، ١٣٩٨هـ .

٢٤٦) السرخسي، محمد بن أحمد، أصول السرخسي، تحقيق: أبي الوفاء الأفغاني، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٢هـ .

٢٤٧) السلمي، عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية - بيروت .

٢٤٨) السلمي، عبد العزيز بن عبد السلام، الإمام في بيان أدلة الأحكام، تحقيق : رضوان مختار بن غريبة، دار البشائر الإسلامية - بيروت، ط١- ١٤٠٧هـ.

٢٤٩) السلمي، عبد العزيز بن عبد السلام، الفوائد في اختصار المقاصد (القواعد الصغرى)، تحقيق : إياد خالد الطباع، دار الفكر المعاصر/ دار الفكر - دمشق، ط١ - ١٤١٦هـ .

٢٥٠) السمعاني، منصور بن محمد، قواطع الأدلة في الأصول، تحقيق : محمد حسن محمد، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٩٩٧م .

٢٥١) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤٠٣هـ .

٢٥٢) الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي، الموافقات في أصول الفقه، تحقيق : عبد الله دراز، دار المعرفة - بيروت .

٢٥٣) الشاشي، أحمد بن محمد، أصول الشاشي، دار الكتاب العربي - بيروت، ١٤٠٢هـ .

٢٥٤) الشافعي، محمد بن إدريس، الرســــالة، تحقيق : أحمد محمد شاكر، القاهرة، ١٣٥٨هـ / ١٩٣٩م .
٢٥٥) الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، تحقيق : محمد سعيد البدري، دار الفكر - بيروت، ط١ - ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م .
٢٥٦) ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق ودراسة : محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، ط١ - ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م .
٢٥٧) العالم، عبد السلام محمد الشريف، نظرية السياسة الشرعية الضوابط والتطبيقات، منشورات جامعة قاريونس - بنغازي/ ليبيا، ط١ - ١٩٩٦م .
٢٥٨) العطار، حسن بن محمد بن محمود، حاشية العطار على شرح المحلي على جمع الجوامع، (وبهامشه تقرير للإمام عبد الرحمن الشربيني على جمع الجوامع، وهامش الشيخ محمد علي بن حسين المالكي)، دار الكتب العلمية.
٢٥٩) العلائي، خليل بن كيكلدى، إجمال الإصابة في أقوال الصحابة، تحقيق : د. محمد سليمان الأشقر، جمعية إحياء التراث الإسلامي - الكويت، ط١ - ١٤٠٧هـ .
٢٦٠) الغزالي، محمد بن محمد، المستصفى في علم الأصول، تحقيق : محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤١٣هـ .
٢٦١) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، روضة الناظر وجنة المناظر، تحقيق : د. عبدالعزيز عبد الرحمن السعيد، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض، ط٢ .
٢٦٢) القرافي، أحمد بن إدريس، أنوار البروق في أنواع الفروق، عالم الكتب - بيروت .
٢٦٣) الكرابيسي، أسعد بن محمد بن الحسين، الفروق، تحقيق : د. محمد طموم، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، ط١ - ١٤٠٢هـ .
٢٦٤) المجددي، محمد عميم الإحسان، قواعد الفقه، نشر : الصدف بيلشرز - كراتشي، ط١ - ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٦م .
٢٦٥) ابن النجار، محمد بن أحمد الفتوحي، شرح الكوكب المنير، مطبعة السنة المحمدية .
٢٦٦) الندوي، علي أحمد، القواعد الفقهية، دار القلم - دمشق، ط٥ - ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م.
٢٦٧) النووي، يحيى بن شرف، الأصول والضوابط، تحقيق : د. محمد حسن هيتو، دار البشائر الإسلامية - بيروت، ط١ - ١٤٠٦هـ .

كتب القضاء

٢٦٨) ابن أبي الدم، إبراهيم بن عبد الله، أدب القضاء (الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات)، تحقيق : د. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر المعاصر - بيروت/ دار الفكر - دمشق، ط٢ - ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م .

٢٦٩) ابن أبي اليمن، إبراهيم، لسان الحكام في معرفة الأحكام، البابي الحلبي، القاهرة، ط٢ - ١٣٩٣هـ/ ١٩٧٣م .

٢٧٠) الأسيوطي، محمد بن أحمد المنهاجي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية – بيروت، ط١ - ١٩٩٦م.

٢٧١) أبو الأصبغ، عيسى بن سهل الأندلسي، وثائق في أحكام القضاء الجنائي في الأندلس (مستخرجة من مخطوط الأحكام الكبرى)، تحقيق : د. محمد عبد الوهاب خلاف، مراجعة: د. محمود علي مكي، المركز العربي للدول للإعلام - القاهرة / المطبعة العربية الحديثة - القاهرة .

٢٧٢) البخاري، صديق بن حسن خان القنوجي، ظفر اللاضي بما يجب في القضاء على القاضي، تحقيق : أبو عبد الرحمن بن عيسى الباتني، دار ابن حزم - بيروت، ط١ - ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م .

٢٧٣) ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد، رسالة ابن خلدون للقضاة (مزيل الملام عن حكام الأنام)، تحقيق : المستشار الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الوطن- الرياض/ توزيع مؤسسة الجريسي للتوزيع والإعلان - الرياض، ط١ - ١٤١٧هـ .

٢٧٤) السمائلي، سالم بن محمود بن شامس السيابي، هدى الفاروق، وزارة التراث القومي والثقافة - سلطنة عمان، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م .

٢٧٥) السمرقندي، أبو نصر أحمد بن محمد، رسوم القضاة، تحقيق : محمد جاسم الحديثي، دار الحرية للطباعة - بغداد، منشورات وزارة الثقافة والإعلام - الجمهورية العراقية، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م .

٢٧٦) السمناني، علي بن محمد بن أحمد، روضة القضاة وطريق النجاة، تحقيق : المحامي د. صلاح الدين الناهي، مطبعة أسعد - بغداد، ١٣٨٩هـ/ ١٩٧٠م.

٢٧٧) الطرابلسي، علاء الدين علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر .

٢٧٨) ابن الطلاع، محمد بن فرج المالكي القرطبي، أقضية رسول الله ﷺ، عناية وتعليق : د. محمد عبد الشكور، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية - حيدر آباد/ الهند، ط١ - ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م .

٢٧٩) الطليطلي، أحمد بن مغيث، المقنع في علم الشروط، دار الكتب العلمية، ط١- ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م .

٢٨٠) ابن فرحون، إبراهيم بن علي اليعمري، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية .

٢٨١) القرافي، أحمد بن إدريس، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، مراجعة وتصحيح : عزت العطار، مطبعة الأنوار، ط١- ١٩٣٨هـ/ ١٣٥٧م.

٢٨٢) المظلوم، بلقاسم بن محمد مرزوق، رسالة نعوت المشهور عليه التي يعتمدها الشاهد في شهادته عليه، تحقيق : د. محمد الطاهر الرزقي، مكتبة الرشد - الرياض، ط١ - ١٤١٩هـ / ١٩٩٨م .

٢٨٣) ابن المناصف، محمد بن عيسى، تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام، أعده للنشر : عبد الحفيظ منصور، دار التركي للنشر - تونس .

كتب عامة وحديثة في الشريعة

٢٨٤) إسماعيل، نظار عبد القادر محمود، التوثيق بالكتابة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، ١٩٩٣م، إشراف أ.د. محمد نعيم ياسين، الجامعة الأردنية .

٢٨٥) الباز، سليم رستم، شرح المجلة، دار الكتب العلمية - بيروت، طبعة ثالثة مصححة ومزيدة .

٢٨٦) بديوي، عبد العزيز خليل، القضاء في الإسلام وحماية الحقوق، دار الفكر العربي/ دار الاتحاد العربي للطباعة، ١٩٨٠م .

٢٨٧) أبو البصل، د.عبد الناصر موسى، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي، دار الثقافة، ط١ - ١٩٩٩م .

٢٨٨) أبو البصل، د. عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، دار النفائس - عمان، ط١ - ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م .

٢٨٩) أبو حسان، محمد، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة، مكتبة المنار - الزرقاء، ط١ - ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٧م .

٢٩٠) الحمادي، حسن أحمد علي، قضاء الحدود والقصاص والدية (مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الاتحادية العليا منذ إنشائها وحتى الآن)، المجمع الثقافي - الإمارات العربية المتحدة / أبو ظبي، ط٢- ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م .

٢٩١) الدريني، محمد فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، ط١ - ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م .

٢٩٢) الدريني، محمد فتحي، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٢ - ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م .

٢٩٣) الدغمي، محمد راكان، التجسس وأحكامه في الشريعة الإسلامية، جمعية عمال المطابع التعاونية - عمان، ط١ - ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م .

٢٩٤) ذياب، زياد صبحي علي، الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون، ١٩٩٤م .

٢٩٥) الربابعة، أسامة على مصطفى الفقير، الظروف المخففة للعقوبة في الفقه الإسلامي، رسالة جامعية، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، ١٩٩٦م.

٢٩٦) الرحيلي، رويعي بن راجح، فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه موازناً بفقه أشهر المجتهدين، جامعة أم القرى - مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي/ دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط١ - ١٤٠٣هـ .

٢٩٧) الزحيلي، محمد مصطفى، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، مؤسسة الوحدة، ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م .

٢٩٨) الزحيلي، محمد مصطفى، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية، دار الفكر - دمشق، ط١ - ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م .

٢٩٩) الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، مطبعة الإنشاء/ مطبعة جامعة دمشق - دمشق، ١٣٨٥هـ/ ١٩٦٥م .

٣٠٠) الزلمي، مصطفى إبراهيم، المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية، مطبعة أسد - بغداد .

٣٠١) أبو زيد، بكر بن عبد الله، التقنين والإلزام، مطابع دار الهلال للأوفست - الرياض، ط١ - ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م .

٣٠٢) زيدان، عبد الكريم، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، مكتبة القدس/ مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م .

٣٠٣) زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة/ دار البشير، ط٣ - ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م .

٣٠٤) السرحاني، محمد فهمي، أحكام السرقة في التشريع الإسلامي، المكتبة التوفيقية، ط١ - ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م .

٣٠٥) أبو سعد، محمد شتا، أصول النظام القضائي في المملكة العربية السعودية، ط١ - ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م .

٣٠٦) الشرقاوي، علي البدري أحمد، الولايات وأحكام القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية - القاهرة .

٣٠٧) الصالح، عثمان عبد الملك، حق الأمن الفردي في الإسلام، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، بحث مقدم إلى ندوة حقوق الإنسان في الإسلام - جامعة الكويت - كلية الحقوق والشريعة، ١٩٨٠م .

٣٠٨) أبو طالب، حامد محمد، التنظيم القضائي الإسلامي، مطبعة السعادة، ط١ - ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م .

٣٠٩) العالم، عبد السلام محمد الشريف، نظرية السياسة الشرعية، الضوابط والتطبيقات، منشورات جامعة قاريونس - بنغازي/ ليبيا، ط١ - ١٩٩٦م.

٣١٠) عالية، سمير، نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلامي، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت، ط١ - ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م .

٣١١) عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي - بيروت .

٣١٢) عوض، إبراهيم نجيب محمد، القضاء في الإسلام تاريخه ونظامه، مطبوعات مجمع البحوث الإسلامية - الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، ١٣٩٥هـ/ ١٩٧٥م .

٣١٣) الغامدي، ناصر بن محمد بن مشري، الاختصاص القضائي في الفقه، مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد - الرياض، ط١ - ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م.

٣١٤) الغريري، صبري أحمد لافي، منهج الخلفاء في النظر في مظالم الرعية، مجلة جامعة صدام للعلوم الإسلامية - الجامعة المستنصرية/ كلية التربية، ع٧ - ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م ص٢٤٦.

٣١٥) القفير، علي مصطفى محمد، الإمام العز بن عبد السلام وأثره في الفقه الإسلامي، مطابع القولت المسلحة الأردنية، ط١، عمان، الأردن، ١٩٧٧م.

٣١٦) القطان، ممدوح عبد الكريم، القضاة والولاة، جمعية عمال المطابع التعاونية- الأردن، ١٣٨٧هـ/١٩٦٧م .

٣١٧) الموسوعة الفقهية الكويتية، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت /مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر - مصر، ط٤ - ١٩٩٣م .

٣١٨) نظام القضاء في الإسلام، من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الإسلامي - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - ١٣٩٦هـ أشرف على الطباعة : إدارة الثقافة والنشر بالجامعة، ١٤٠٤هـ/١٩٨٣م، صادر عن المجلس العلمي في جامعة الإمام محمد بن سعود، ع ٢٢ .

٣١٩) ياسين، محمد نعيم، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين والوضعية، دار الفرقان/ جمعية عمال المطابع التعاونية، ط١ - ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م .

٣٢٠) ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس - عمان، ط٢ - ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م .

السيرة والتاريخ والتراجم

٣٢١) ابن إسحاق، محمد بن إسحاق، سير ابن إسحاق المسماة بكتاب المبتدأ والمبعث والمغازي، تحقيق : محمد حميد الله، معهد الدراسات والأبحاث للتعريب .

٣٢٢) الإسماعيلي، أحمد بن إبراهيم بن إسماعيل، المعجم عن أسامي شيوخ أبي بكر الإسماعيلي، تحقيق : د. زياد محمد منصور، مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، ط١ - ١٤١٠هـ .

٣٢٣) الأصبهاني، أحمد بن عبد الله، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، دار الكتاب العربي - بيروت، ط٤ - ١٤٠٥هـ .

٣٢٤) الأصفهاني، عماد الدين، البرق الشامي، تحقيق : د. فالح حسين، مؤسسة عبد الحميد شومان - عمان، ط١ - ١٩٨٧م .

٣٢٥) الأنصاري، عمر بن علي بن أحمد، غاية السول في خصائص الرسول ﷺ، تحقيق : عبدالله بحر الدين عبد الله، دار البشائر الإسلامية - بيروت، ط١- ١٩٩٣م .

٣٢٦) البخاري، محمد بن إسماعيل، التاريخ الكبير، تحقيق: السيد هاشم الندوي، دار الفكر .

٣٢٧) البخاري، محمد بن إسماعيل، الكنى، تحقيق : السيد هاشم الندوي، دار الفكر - بيروت .

٣٢٨) البغدادي، أحمد بن علي الخطيب، تاريخ بغداد، دار الكتب العلمية - بيروت .

٣٢٩) الجبرتي، عبد الرحمن بن حسن، تاريخ عجائب الآثار في التراجم والأخبار، دار الجيل - بيروت .

٣٣٠) الجرجاني، عبد الله بن عدي بن عبد الله، الكامل في ضعفاء الرجال، تحقيق: يحيى مختار غزاوي، دار الفكر - بيروت، ط٣ - ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٨م .

٣٣١) الجمحي، محمد بن سلام، طبقات فحول الشعراء، تحقيق : محمود محمد شاكر، دار المدني - جدة .

٣٣٢) ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي، المنتظم في تاريخ الملوك والأمم، دار صادر - بيروت، ط١ - ١٣٥٨هـ . طبعة أخرى : تحقيق : عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م .

٣٣٣) ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي، صفوة الصفوة، تحقيق : محمود فاخوري، ود. محمد رواس قلعجي، دار المعرفة - بيروت، ط٢ - ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م .

٣٣٤) ابن حجر، أحمد بن علي، تهذيب التهذيب، دار الفكر، ط١ - ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م .

٣٣٥) ابن حجر، أحمد بن علي، لسان الميزان، تحقيق : دائرة المعارف النظامية - الهند، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات - بيروت، ط٣ - ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.

٣٣٦) ابن حجر، أحمد بن علي، نزهة الألباب في الألقاب، تحقيق : عبد العزيز السديري، مكتبة الرشد - الرياض، ط١- ١٩٨٩م .

٣٣٧) الخضيري، عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد، الشمائل الشريفة، تحقيق : محمد عبدالرؤوف بن تاج العارفين المناوي، دار طائر العلم - جدة .

٣٣٨) الخطيب، أحمد بن حسن بن علي، كتاب الوفيات، تحقيق : عادل نويهض، دار الآفاق الجديدة - بيروت، ط٢ - ١٩٧٨م .

٣٣٩) ابن خلكان، أحمد بن محمد، وفيات الأعيان وأنباء الزمان، تحقيق : د. إحسان عباس، دار الثقافة - بيروت، ١٩٦٨م .

٣٤٠) ابن خياط، خليفة، تاريخ خليفة بن خياط، تحقيق : د. أكرم ضياء العمري، دار القلم - دمشق/ مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٢ - ١٣٩٧هـ .

٣٤١) الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان، العبر في خبر من غبر، تحقيق : د. صلاح الدين المنجد، مطبعة حكومة الكويت - الكويت، ط٢ - ١٠٤٨م (مصورة) .

٣٤٢) الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان، المعين في طبقات المحدثين، تحقيق : د. همام عبد الرحيم سعيد، دار الفرقان - عمان، ط١ - ١٤٠٤هـ .

٣٤٣) الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان، سير أعلام النبلاء، تحقيق : شعيب الأرناؤوط ومحمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٩ - ١٤١٣هـ .

٣٤٤) الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، تحقيق : علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٩٩٥م.

٣٤٥) الرازي، عبد الرحمن بن أبي حاتم، الجرح والتعديل، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط١ - ١٢٧١هـ/١٩٥٢م .

٣٤٦) الربعي، محمد بن عبد الله بن أحمد، تاريخ مولد العلماء ووفياتهم، تحقيق : د. عبد الله أحمد سليمان الحمد، دار العاصمة - الرياض، ط١- ١٤١٠هـ.

٣٤٧) الزهري، محمد بن سعد بن منيع، الطبقات الكبرى، دار صادر - بيروت .

٣٤٨) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، ريح النسرين فيمن عاش من الصحابة بعد ١٢٠هـ .

٣٤٩) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، طبقات الحفاظ دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤٠٣هـ .

٣٥٠) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، كفاية الطالب اللبيب في خصائص الحبيب، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٩٨٥م .

٣٥١) الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف، طبقات الفقهاء، تحقيق : خليل الميس، دار القلم - بيروت .

٣٥٢) طاش كبري زاده، العقد المنظوم في ذكر أفاضل الروم، دار الكتاب العربي- بيروت، ١٣٩٥هـ .

٣٥٣) الطبري، أحمد بن عبد الله بن محمد، الرياض النضرة في مناقب العشرة، تحقيق: عيسى عبد الله محمد مانع الحميري، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط١ - ١٩٩٦م.

٣٥٤) الطبري، محمد بن جرير، تاريخ الأمم والملوك، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤٠٧هـ .

٣٥٥) ابن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق : علي محمد البجاوي، دار الجيل - بيروت، ط١ - ١٤١٢هـ .

٣٥٦) العكري، عبد الحي بن أحمد، شذرات الذهبي في أخبار من ذهب، دار الكتب العلمية - بيروت .

٣٥٧) الفاكهي، محمد بن إسحاق بن العباس، أخبار مكة في قديم الدهر وحديثه، تحقيق : د.عبدالملك عبد الله دهيش، دار خضر - بيروت، ط٢- ١٤١٤هـ.

٣٥٨) ابن فرحون، إبراهيم بن علي، الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، دار الكتب العلمية - بيروت .

٣٥٩) فريد بك، محمد فريد بك المحامي، تاريخ الدولة العلية العثمانية، تحقيق : د. إحسان حقي، دار النفائس - بيروت، ١٤٠٣هـ .

٣٦٠) ابن قاضي شهبة، أبو بكر بن أحمد بن محمد، طبقات الشافعية، تحقيق : د. الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب - بيروت، ط١ - ١٤٠٧هـ .

٣٦١) ابن قانع، عبد الباقي، معجم الصحابة، تحقيق : صلاح بن سالم المصراتي، مكتبة الغرباء الأثرية - المدينة المنورة، ط١ - ١٤١٨هـ .

٣٦٢) القزويني، عبد الكريم بن محمد الرافعي، التدوين في أخبار قزوين، تحقيق: عزيز الله العطاردي، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٩٨٧م .

٣٦٣) القضاعي، أبو عبيد الله محمد بن عبد الله بن أبي بكر القضاعي البلنسي، التكملة لكتاب الصلة، تحقيق : د. عبد السلام الهراس، دار الفكر - بيروت، ١٩٩٥م .

٣٦٤) ابن القيسراني، محمد بن طاهر بن علي، تذكرة الحفاظ، تحقيق : حمدي عبد المجيد السلفي، دار الصميعي - الرياض، ط١ - ١٤١٥هـ .

٣٦٥) ابن القيم، محمد بن أبي بكر الزرعي، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق : شعيب الأرناؤوط، وعبد القادر الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة - بيروت/ مكتبة المنار الإسلامية - الكويت، ط١٤ - ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٦م .

٣٦٦) الكتاني، عبد الحي، نظام الحكومة النبوية المسمى التراتيب الإدارية، دار الكتاب العربي - بيروت .

٣٦٧) الكتاني، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، ذيل تاريخ مولد العلماء ووفياتهم، تحقيق : د.عبد الله أحمد سليمان الحمد، دار العاصمة - الرياض، ط١ - ١٤٠٩هـ .

٣٦٨) ابن كثير، إسماعيل بن عمر، البداية والنهاية، مكتبة المعارف - بيروت .

٣٦٩) المقدسي، عبد الرحمن بن إسماعيل، الروضتين في أخبار الدولتين النورية والصلاحية، تحقيق : إبراهيم الزيبق، مؤسسة الرسالة - بيروت، ١٩٩٧م.

٣٧٠) المقري، أحمد بن محمد، نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب، تحقيق : د. إحسان عباس، دار صادر - بيروت، ١٩٦٨م .

٣٧١) الناصري، أحمد بن خالد، الاستقصا لأخبار دول المغرب الأقصا، تحقيق : جعفر الناصري، ومحمد الناصري، دار الكتاب - الدار البيضاء، ط١ - ١٩٩٧م .

٣٧٢) ابن هشام، عبد الملك بن هشام، السيرة النبوية، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل - بيروت، ط١ - ١٤١١هـ .

٣٧٣) أبو الوفاء، عبد القادر بن أبي الوفاء، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، مير محمد كتب خانه - كراتشي .

٣٧٤) الواعظ، عمر بن أحمد، تاريخ أسماء الثقات، تحقيق : صبحي السامرائي، الدار السلفية - الكويت، ط١ - ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م .

اللغة والمصطلحات

٣٧٥) الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، تحقيق : د.مازن المبارك، دار الفكر المعاصر - بيروت، ط١ - ١٤١١هـ .

٣٧٦) البخاري، صديق بن حسن القنوجي، أبجد العلوم الوشي المرقوم في بيان أحوال العلوم، تحقيق : عبد الجبار زكار، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٩٧٨هـ .

٣٧٧) البستي، أبو حاتم محمد بن حبان، روضة العقلاء ونزهة الفضلاء، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٣٩٧هـ/ ١٩٧٧م .

٣٧٨) البكري، أبو عبيد عبد الله بن عبد القدير، فصل المقال في شرح كتاب الأمثال، تحقيق: د. إحسان عباس و د.عبد المجيد عابدين، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٣ - ١٩٨٣م.

٣٧٩) البكري، أبو عبيد عبد الله بن عبد القدير، معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضع، تحقيق : مصطفى السقا، عالم الكتب - بيروت، ط٣ - ١٤٠٣هـ .

٣٨٠) أبو تمام، ديوان الحماسة، بشرح العلامة التبريزي، دار القلم - بيروت، ط١ .

٣٨١) التهانوي، محمد علي بن علي، كشاف اصطلاحات الفنون .

٣٨٢) الجرجاني، علي بن محمد بن علي، التعريفـــات، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي - بيروت، ط١ - ١٤٠٥هـ .

٣٨٣) الجزري، المبارك بن محمد، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق : طاهر أحمد الزاوي و محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م .

٣٨٤) الجياني، محمد بن عبد الملك بن مالك، الألفاظ المختلفة في المعاني المؤتلفة، تحقيق : د.محمد حسن عواد، دار الجيل - بيروت، ط١ - ١٤١١هـ .

٣٨٥) حاجي خليفة، مصطفى بن عبد الله القسطنطيني الحنفي، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م.

٣٨٦) الحموي، ياقوت بن عبد الله، معجم البلدان، دار الفكر - بيروت .

٣٨٧) الخطابي، حمد بن محمد بن إبراهيم، غريب الحديث، تحقيق : عبد الكريم إبراهيم العزباوي، جامعة أم القرى - مكة المكرمة، ١٤٠٢هـ .

٣٨٨) الدينوري، عبد الله بن مسلم بن قتيبة، غريب الحديث، تحقيق : د. عبد الله الجبوري، مطبعة العاني - بغداد، ط١ - ١٣٩٧هـ .

٣٨٩) الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، تحقيق : محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م .

٣٩٠) الزمخشري، محمود بن عمر، الفائق في غريب الحديث، تحقيق : علي محمد البجاوي ومحمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة - لبنان، ط٢ .

٣٩١) الزمخشري، محمود بن عمر، المستقصى في أمثال العرب، دار الكتب العلمية- بيروت، ط٢ - ١٩٨٧م .

٣٩٢) السمعاني، عبد الكريم بن محمد بن منصور، أدب الإملاء والاستملاء، تحقيق : ماكس فايسفايلر، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١ - ١٤٠١هـ / ١٩٨١م .

٣٩٣) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، المزهر في علوم اللغة وأنواعها، تحقيق: فؤاد علي منصور، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٩٩٨م .

٣٩٤) صفوت، أحمد زكي، جمهرة خطب العربي في عصور العربية الزاهرة، المكتبة العلمية - بيروت .

٣٩٥) طاش كبري زاده، أحمد بن مصطفى، مفتاح السعادة ومصباح السيادة .

٣٩٦) أبو عبيد، القاسم بن سلام الهروي، غريب الحديث، تحقيق : د. محمد عبد المعيد خان، دار الكتاب العربي - بيروت، ط١ - ١٣٩٦هـ .

٣٩٧) العسكري، أبو هلال، كتاب جمهرة الأمثال، تحقيق : محمد أبو الفضل إبراهيم، وعبدالمجيد قطامش، دار الفكر، ط٢ - ١٩٨٨م.

٣٩٨) الفراهيدي، الخليل بن أحمد، كتاب العين، تحقيق : د. مهدي المخزومي، ود. إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال .

٣٩٩) الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق : مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط١ - ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م .

٤٠٠) الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية.

٤٠١) القلقشندي، أحمد بن علي، صبح الأعشى في صناعة الإنشا، تحقيق : د. يوسف علي طويل، دار الفكر - دمشق، ط١ - ١٩٨٧م .

٤٠٢)القونوي، قاسم بن عبد الله بن أمير علي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق : د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، دار الوفاء - جدة، ط١ - ١٤٠٦هـ

٤٠٣) ابن قيس، عبد الله بن محمد بن عبيد، قرى الضيف، تحقيق : عبد الله بن حمد المنصور، أضواء السلف - الرياض، ط١ - ١٩٩٧م .

٤٠٤) المطرزي، ناصر بن عبد السيد بن علي، المغرب في ترتيب المعرب، دار الكتاب العربي.

٤٠٥) المناوي، محمد عبد الرؤوف، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق : د. محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر - بيروت/ دار الفكر - دمشق، ط١ - ١٤١٠هـ .

٤٠٦) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر - بيروت، ط١ .

٤٠٧) الموصلي، نصر الله بن محمد بن محمد بن عبد الكريم، المثل السائر في أدب الكاتب والشاعر، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية - بيروت، ١٩٩٥م.

٤٠٨) الميداني، أبو الفضل أحمد بن محمد النيسابوري، مجمع الأمثال، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد، دار المعرفة - بيروت .

٤٠٩) ابن النديم، محمد بن إسحاق، الفهرست، دار المعرفة - بيروت، ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م .

٤١٠) النسفي، عمر بن أحمد بن إسماعيل، طلبة الطلبة، دار الطباعة العامر، برخصة من نظارة المعارف الجليلة، ١٣١١هـ أعادت طبعه بالأوفست مكتبة المثنى ببغداد .

٤١١) النووي، يحيى بن شرف، تحرير ألفاظ التنبيه، تحقيق : عبد الغني الدقر، دار القلم - دمشق، ط١ - ١٤٠٨هـ .

٤١٢) النيسابوري، أحمد بن محمد الميداني، مجمع الأمثال، تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد، دار المعرفة - بيروت .

٤١٣) الهروي، محمد بن أحمد بن الأزهر الأزهري، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، تحقيق: د. محمد جبر الألفي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، ط١ - ١٣٩٩هـ.

كتب القانون

٤١٤) إمام، محمد عبد الواحد، الشرطة من منظور إسلامي، الدار العربية اللبنانية- القاهرة، ط١ - ١٤١٩هـ/١٩٩٨م .

٤١٥) البحر، ممدوح خليل، مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط١، ١٩٩٨.

٤١٦) باقر، طه، مقدمة في تاريخ الحضارات القديمة، بغداد، ١٩٧٣م .

٤١٧) ثروت، جلال، نظم الإجراءات الجنائية، الجامعة الأردنية، ١٩٩٧م .

٤١٨) الجراح، شفيق، دراسات في تاريخ الحقوق لمؤسسات الحقوق في بابل، جامعة دمشق - دمشق، ط٢ - ١٩٧٥م .

٤١٩) جعفر، علي محمد، مبادئ المحاكمات الجزائية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

٤٢٠) جيره، عبد المنعم عبد العظيم، نظام القضاء في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة/ إدارة البحوث، ١٤٠٩هـ/١٩٨٨م .

٤٢١) الدواليبي، محمد معروف، المدخل إلى التاريخ العام للقانون، مطبعة جامعة دمشق، ط١ - ١٣٨٠هـ/ ١٩٦١م .

٤٢٢) أبو رحمة، إبراهيم وآخرون، مجموعة التشريعات الجزائية، إعداد المكتب الفني في نقابة المحامين – عمان، مطبعة التوفيق عمان، ١٩٩٥م .

٤٢٣) سليمان، عامر، القانون في العراق القديم، دراسة تاريخية قانونية مقارنة، كلية الآداب – جامعة الموصل، ١٩٧٧م .

٤٢٤) عبد السلام، فاروق، الشرطة ومهامها في الدولة الإسلامية، دار الصحوة للنشر، ط١ – ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٧م .

٤٢٥) عبد المنعم، سليمان، أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والقضاء، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع – بيروت، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م .

٤٢٦) العبودي، عباس، شريعة حمورابي، دراسة قانونية مقارنة مع التشريعات الحديثة، مطبعة التعليم العالي بالموصل، ١٩٩٠م .

٤٢٧) عياد، عبد الرحمن، أصول علم القضاء (قواعد المرافعات في التنظيم القضائي والدعوى والاختصاص)، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبأنظمة المملكة العربية السعودية، مطابع معهد الإدارة العامة، ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م .

٤٢٨) الفاضل، محمد، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، مطبعة جامعة دمشق، ط٣ – ١٣٨٥هـ/ ١٩٦٥م .

٤٢٩) الكيلاني، فاروق، محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن، شركة المطبوعات الشرقية دار المروج – بيروت، ط٣ – ١٩٩٥م.

٤٣٠) المصري، علي علي صالح، وظيفة الشرطة في النظم الوضعية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بين اليمن ومصر، دار النهضة العربية، ط١ – ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م .

٤٣١) أبو الوفا، أحمد، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، دار المعارف، مطبعة معهد دون بوسكو – الإسكندرية، ط٤ – ١٩٦٧م .

In the name of ALLAH, the Compassionate, the Merciful

ABSTRACT

THE PRINCIPLES OF THE CRIMINAL PROCEDURES LAW IN ISLAMIC SHARIA'H

By

OsamaH Ali Alfakeer

Supervisor

Prof. Mohammed Naeim Yaseen

This thesis deals with "The Principles of the Criminal Law In Islamic Sharia'h" which can be defined as "Legal Procedures which define the jurisdiction of the judiciary and its responsibilities in what can be useful in relating crimes, in which ALLAH has right in, to their perpetrators and make judgement, how to challenge the verdict and go for retrial, and the effect of violating such procedures.

I have begun with an introduction, which explains the importance of this subject, the need for it, reasons for choosing it, methods of treatment, plan of the study, and previous studies related to the issue.

The thesis consists of five chapters, as follows:

1st chapter: **The concept of the The shar'ite Criminal Procedures principles**

It contains definitions of terms and vocabulary used in this subject. I also identify the importance of the The shar'ite Criminal procedures Principles and need to put laws and legislation for this branch of knowledge.

2nd chapter: **The shar'ite Criminal procedures principles *prior to the lawsuit***

In this chapter I identify those who have the right to deal with crimes committed in the Moslem community who I called "Custody on Crimes" I then pointed out procedures which those involved in this custody can practice. These procedures include searching, checking, spying, inspection, and thereafter, imprisonment or beating for the charges.

3rd *chapter:* *How to raise a lawsuit according to The* shar'ite criminal procedures Principles

In this chapter, I studied the concept of a criminal lawsuit, its contents, bases, conditions, parties, the difference between the plaintif and defendant, validity of criminal texts on people, and opinions of Islamic scholars in rights purely related to God, in connection with criminal prosecution.

4th *chapter:* The shar'ite Criminal procedure principles *Hearings*.

In this chapter I studied how to distinguish between canonists and judges, and different cases of disputes over their mandates, the status of "Shura" in jurisdiction and the notion of phased prosecution. I also discuss formal and objective procedures which should be adopted during trial, whether related to the parties of the lawsuit, the judge, or the time and place of trial. This chapter also deals with the principle of open courts, easing of trying procedures, and trial documentation. I also discuss the equality principle of equality and its applications, and aides to the judges, and the power of attorney. I then discussed evidence such as testimonial, confession, oath, as well as common procedures of vrious kinds of evidence. Thereafter comes final step of hearing, which is ruling, and how it should be taken, and what is considered a "verdict" and what is not, and formalities, and ethics that should be adopted in making a judgment.

5th Chapter: Post-trial principles of Shar'ite criminal procedures.

Here, I discuss the notion of phased prosecution in jurisdiction, what does it mean, and who has the right to cassate the rulings, and how cassation should be conducted, principles of ruling, cassation, and execution of criminal verdicts and also discussed. Then I tackled the effects of violating the procedures of Shar'ite criminal trials in all its phases.

I wrapped up my study with the conclusions and findings.

The reader will notice that Islamic canonists and jurists had preceded all thinkers and jurists of human laws in laying firm procedures and foundations to achieve justice in a shorter and, more secured and safe way, while protecting man's life, properties, honour, and rights. It is the difference between the man-made and the divine-made, Islamic Shar'ite had surpassed all man-made laws that have been the dream of legislators and philosophers throughout history.

Hence, God says in the Holy Quran:

"This day, have I perfected your religion for you, completed my favor upon you, and have choosen for you Islam as your religion."

Praise be Allah, the Cherisher and the Sustainer of the worlds.

قائمة المحتويات